This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 097 782 072

105

Bd April 1930

HARVARD LAW LIBRARY

Received May 25, 1922

AUSTRIA

Die

Rechtliche Stellung des Parlamentes

in der

Gesetzgebung Österreichs

und der konstitutionellen Monarchien des

Deutschen Reiches

Eine Kritik der herrschenden Lehre

Von

Dr. iur. Josef Lukas

Graz

Leuschner & Lubensky's

Universitäts-Buchhandlung

1901

Hochgeehrter Herr
o. ö. Universitäts-Professor
Dr. Heinrich Lammasch
ehrerbietigst überreicht vom
Verfasser.

Die

Rechtliche Stellung des Parlamentes

in der

Gesetzgebung Österreichs

und der konstitutionellen Monarchien des

Deutschen Reiches

127

Eine Kritik der herrschenden Lehre

Von

Dr. iur. Josef Lukas

Graz
Leuschner & Lubensky's
Universitäts-Buchhandlung
1901

COMP
965
1

MAY 25 1922

K. u. k. Hofbuchdruckerei Carl Fromme in Wien.

Meinen theuren Eltern

in kindlicher Liebe und Dankbarkeit

gewidmet.

Vorrede.

Die vorliegende Arbeit behandelt eine formal-juriſtiſche Conſtructionsfrage aus dem Staatsrechte Öſterreichs und der conſtitutionellen Monarchien des Deutſchen Reiches. Über das Problem ſelbſt wird im Folgenden genügende Aufklärung gegeben werden, ſo daſs es mir überflüſſig erſcheint, an dieſer Stelle auf dasſelbe näher einzugehen. Ich möchte hier nur bemerken, daſs ich es mir zur Aufgabe gemacht habe, nach Möglichkeit die Grenzlinie feſtzuſtellen, welche zwiſchen formal-juriſtiſcher und materiell-politiſcher Betrachtungsweiſe dahinläuft. Wenn ich bei dieſer Gelegenheit in vielfacher Beziehung genöthigt wurde, gegenüber der herrſchenden Lehre als ſolcher oder gegenüber hervorragenden Vertretern derſelben Stellung zu nehmen, ſo möge das dem Anfänger nicht als Anmaßung ausgelegt, ſondern ſeinem Beſtreben zugerechnet werden, immer und überall ſeiner wiſſenſchaftlichen Überzeugung rückhaltslos Ausdruck zu geben.

Dem eigentlichen Thema wurde eine über den gewöhnlichen Umfang hinausgehende einleitende Erörterung allgemeiner Fragen vorausgeſchickt. Es geſchah dies einerſeits deshalb, weil ich es für nothwendig hielt, in meiner Erſtlingsarbeit gewiſſermaßen ein Glaubensbekenntnis über einzelne elementare Fragen abzulegen, andererſeits deshalb, weil die im Anhang II enthaltenen Aus-

führungen nur auf der durch die Einleitung gewährten Basis gemacht werden konnten.

Auf die Verwertung der Litteratur wurde bei Behandlung des Hauptthemas großes Gewicht gelegt, eine diesbezügliche Vollständigkeit zu erzielen war aber leider unmöglich; insbesondere sei hervorgehoben, dass die zweite Auflage des monumentalen Werkes: v. Seydel, Bayrisches Staatsrecht, 1896, nicht benützt wurde.

Ehe ich denn meine Schrift der Öffentlichkeit übergebe, sei es mir gestattet, derer zu gedenken, welche es mir ermöglichten, die in Rede stehende Arbeit in Angriff zu nehmen und fertigzustellen. In erster Linie bin ich dem hohen k. k. österreichischen Ministerium für Cultus und Unterricht zu besonderem Danke verpflichtet, indem dasselbe durch munificente Gewährung von Reisestipendien mich in die Lage versetzte, durch zwei Semester an der altehrwürdigen Universität Heidelberg meinen Fachstudien zu obliegen. Übergroßen Dank schulde ich ferner meinen hochverehrten Lehrern an der rechts- und staatswissenschaftlichen Facultät in Graz. Das freundliche Interesse und Wohlwollen, mit welchem sie mich in meinen Bestrebungen auf alle nur erdenkliche Weise unterstützten und förderten, die gütigen Rathschläge, mit welchen sie mir bei meiner Arbeit in wirkungsvollster Weise an die Hand giengen, dies alles sichert ihnen in meinem Herzen ein Denkmal unauslöschlicher Dankbarkeit. Wenn ich hierbei tiefbewegt, mit dem Gefühle wärmsten Dankes, speciell des Herrn Professor Hanausek Erwähnung thue, so geschieht das im Hinblicke auf die Thatsache, dass er es war, welcher mir in seinem romanistischen Seminare Lust und Liebe zu selbständiger wissenschaftlicher Arbeit erweckte, mich zu ernstem wissenschaftlichen Streben anspornte und mir so den Weg wies, den ich seither eingeschlagen. Dieser Weg führte mich an die Stätte der Wirksamkeit meines hochverehrten Lehrers, des Herrn Professor

Jellinek, nach Heidelberg. Nicht nur daſs er mir in ſeinem von Angehörigen aller civiliſierten Nationen beſuchten öffentlich-rechtlichen Seminare, ſpeciell gelegentlich der Discuſſion über die von mir daſelbſt gehaltenen Vorträge, reiche Anregung bot, bin ich ihm auch ſonſt für treue wiſſenſchaftliche Berathung und für ſein zu ſteter Förderung bereites gütiges Wohlwollen zu großer Dankbarkeit verbunden.

Graz, am 14. Juli 1901.

J. Lukas.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitende Vorbegriffe.

I. Die Elemente der rechtlichen Persönlichkeit.

§ 1. Klarheit über den Begriff der rechtlichen Persönlichkeit ist Voraussetzung für die richtige Erfassung der juristischen Natur des Staates 1
§ 2. Grundidee der Lehre Bernatzik's 2
§ 3. Einheit der Person trotz der Vielheit von Zwecken, bewirkt durch die Einheitlichkeit des Willens 2
§ 4. Subject dieses Willens und Zweckträger fallen stets nothwendig zusammen 3
§ 5. Freie Stellvertretung 5
§ 6. Gesetzliche Stellvertretung 5
§ 7. Juristische Person 12
§ 8. Resumé 27

II. Über die juristische Natur des Staates.

§ 9. Allgemeines 29
§ 10. Die absolute Monarchie 30
§ 11. Die constitutionelle Monarchie 32
§ 12. Die Seydel-Bornhak'sche Theorie 35

I. Abschnitt.

Fixierung des Problems und seine Lösung durch die herrschende Lehre.

§ 13. Das Problem 43
§ 14. Stellung der herrschenden Lehre zum Problem 45

Seite

II. Abschnitt.

Die herrschende Lehre bis Laband.

§ 15. Das ganze Zeitalter ist ein eminent politisches 52
§ 16. Lösung des Problems durch die herrschende Lehre in jener Zeit 56
§ 17. Argumente für die Richtigkeit der herrschenden Lehre.
1. Einheitlichkeit der Staatsgewalt und des Staatswillens . 62
§ 18. 2. Der Monarch — Träger der Staatsgewalt.
a) Formulierung des Argumentes 64
§ 19. b) Kritik des Argumentes 68
§ 20. c) Litteratur 69
§ 21. d) Vergebliche Versuche, den Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt" durch irgend eine allgemeine Erwägung zu beweisen 71
α) Der Hinweis auf diesbezügliche Verfassungssätze 72
§ 22. β) Der Hinweis auf die historische Entwicklung 76
§ 23. γ) Der Hinweis auf das Fehlen einer Trennung und Theilung der Staatsgewalt 80
§ 24. e) Resumé 83
§ 25. 3. Das Argument der zeitlichen Aufeinanderfolge 94
§ 26. 4. Der Monarch allein spricht den staatlichen Gesetzeswillen aus 100
§ 27. Resumé 101

III. Abschnitt.

Die herrschende Lehre seit Laband.

I. Capitel.

Die Theorien Laband's und Jellinek's.

§ 28. Die Theorie Laband's 102
§ 29. Die Vorläufer Jellinek's 105
§ 30. Die Theorie Jellinek's 108
§ 31. Die Laband—Jellinek'sche Theorie 110

II. Capitel.

Kritik der Laband-Jellinek'schen Theorie.

§ 32. Der Stützpunkt der Laband-Jellinek'schen Theorie . . . 111
§ 33. Nähere Präcisierung der zu untersuchenden Frage 112
§ 34. Der Begriff des Befehles 113
§ 35. Der Begriff des Gesetzesbefehles 119
§ 36. Anwendung auf die Laband—Jellinek'sche Theorie . . . 122

Seite

III. Capitel.

Widerlegung der Einwände.

§ 37. Bereits im II. Abschnitte widerlegte Argumente 128
§ 38. Vermöge der historischen Entwicklung ist der Monarch allein im Besitze der zum Befehle nöthigen Macht 133
§ 39. Diverse andere Argumente 145
§ 40. Blanquettgesetz, Autonomie, Gewohnheitsrecht 149
§ 41. Regierungsvorlagen 159
§ 42. Die Vereinbarung über den Gesetzesinhalt geschieht zwischen Parlament und Regierung 172
§ 43. Der Monarch hat außer der Sanctionsfreiheit auch noch die Publicationsfreiheit 174
§ 44. Der Monarch allein spricht den staatlichen Gesetzeswillen aus 194
§ 45. Fortsetzung. Positives Ergebnis 207

IV. Capitel.

Schlussbetrachtungen.

§ 46. Die Ursache für die dominierende Stellung der Laband'schen Construction 218
§ 47. Bedeutung der Laband—Jellinek'schen Theorie für die Entwicklung der Gesetzgebungstheorie 221
§ 48. Die Lehre von der alleinigen Gesetzgeberschaft des Monarchen führt mit Nothwendigkeit in das Lager der Gegner des Vereinbarungsstandpunktes 222

Anhang I.

Die Anhänger der juristischen Coordination von Parlament und Monarch in der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens.

§ 49 226

Anhang II.

Die Theorie der Trennung von Innehabung und Ausübung des Gesetzgebungsrechtes.

§ 50. Allgemeines 228
§ 51. Litteratur 229
§ 52. Vorläufige Feststellungen 230
§ 53. Unmöglichkeit einer principiellen Trennung von Innehabung und Ausübung eines Rechtes 231
§ 54. Widerlegung der Einwände 233
§ 55. Resumé 239

Einleitende Vorbegriffe.

I. Die Elemente der rechtlichen Persönlichkeit.

§ 1. Klarheit über den Begriff der rechtlichen Persönlichkeit ist Voraussetzung für die richtige Erfassung der juristischen Natur des Staates.

Die Auffassung des modernen Staates als Person im Rechtssinne ist seit den classischen Ausführungen v. Gerber's[1] Gemeingut wohl der meisten Schriftsteller geworden, die sich mit dem Problem der juristischen Natur des Staates befassen. Allein eine befriedigende Fundierung hat diese Lehre meines Erachtens erst durch die wertvollen Untersuchungen Bernatzik's über das Wesen der rechtlichen Persönlichkeit erhalten[2]. Und das ist begreiflich. Denn eine Erörterung über die Frage, ob der Staat rechtliche Persönlichkeit besitze, setzt voraus, dass man sich über das Wesen der rechtlichen Persönlichkeit schlechthin im klaren sei. Bernatzik nun hat es bekanntlich mit Erfolg unternommen, die Essentialia des Begriffes der rechtlichen Persönlichkeit bloßzulegen, und darin liegt sein Verdienst, das er sich um die richtige Erfassung der juristischen Natur des Staates erworben hat.

---

[1] Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechtes, 3. Aufl. 1880; vgl. namentlich S. 19 ff., 217 ff., 225 ff.

[2] „Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere", im Archiv f. öff. Recht V., S. 169–318.

§ 2. Grundidee der Lehre Bernatzik's.

Bernatzik erbringt den Nachweis, dass zum Wesen der Person im Rechtssinne, oder was dasselbe ist, zum Wesen des Rechtssubjectes[1], zwei Elemente gehören:

1. Ein „menschlicher[2] Zweck".

2. Ein „zu seiner Realisierung erforderlicher Wille", dem „die herrschende Rechtsordnung" „rechtliche Kraft verleiht", um auf diese Weise den erwähnten menschlichen Zweck „als Selbstzweck anzuerkennen".

Der „Träger" dieses „menschlichen Zweckes" heißt dann eben Person im Rechtssinne[3].

Durch diese Combination von Zweck und Wille werden jene Unklarheiten und Widersprüche[4] beseitigt, welche die einseitige Betonung sowohl des Willens-, als auch des Zweckmomentes nothwendigerweise mit sich bringt.

§ 3. Einheit der Person trotz der Vielheit von Zwecken, bewirkt durch die Einheitlichkeit des Willens.

Zweck und Wille also sind die Elemente der rechtlichen Persönlichkeit.

Dieser Satz darf aber nicht so verstanden werden, als ob jedem einzelnen solchen Zwecke auch ein separater Zweckträger, also eine separate Person, entsprechen würde. Vielmehr gibt es

---

[1] Bernatzik a. a. O., S. 193, vgl. auch S. 191 f. und die dort Citierten; ferner Rosin in Hirth's Annalen 1883, S. 286.

[2] Denn „bloß für Menschen ist alles positive Recht da". (Bierling, Juristische Principienlehre, I. 1894, S. 204.)

[3] Bernatzik a. a. O., S. 233: „Rechtssubject ist . . . der Träger eines jeden menschlichen Zweckes, den die herrschende Rechtsordnung als Selbstzweck dadurch anerkennt, dass sie dem zu seiner Realisierung erforderlichen Willen rechtliche Kraft verleiht." Die hier angewendete Terminologie wird in den folgenden Ausführungen beibehalten werden.

[4] Deren Vorhandensein ist überzeugend dargelegt von Bernatzik a. a. O., namentlich S. 193–232.

Personen, denen eine Fülle von Zwecken zugrunde liegt[1], ohne daſs dadurch die Einheit der betreffenden Person gestört würde. Die Einheit des Zweckträgers, der Person, setzt keine Einheit des Zweckes voraus. Mit welchem Rechte aber nehmen wir trotz der Vielheit der Zwecke die Einheit des Zweckträgers, der Person, an? Warum entspricht nicht jedem einzelnen dieser Zwecke ein eigener Zweckträger, eine eigene Person? Was ist das einigende Band, welches alle diese Zwecke umschlingt und zu einer einheitlichen Zweckgruppe[2] formiert?

Wie Bernatzik richtig hervorhebt[3], besteht dieses einigende Band in der Einheitlichkeit des zur Realisierung aller dieser verschiedenen Zwecke berufenen Willens.

§ 4. Subject dieses Willens und Zweckträger fallen stets nothwendig zusammen.

Ein einheitlicher Wille also muß da sein, von der Rechtsordnung dazu berufen, die betreffende Gruppe von „menschlichen Zwecken" ihrer Realisierung zuzuführen. Erst durch diesen einheitlichen Willen ist die Existenz des einheitlichen Zweckträgers, also die betreffende Persönlichkeit, begründet.

Wer nun aber ist das Subject dieses die betreffende Persönlichkeit begründenden Willens?

---

[1] Oder noch richtiger: Es gibt keine Person, der nicht eine Fülle von Zwecken zugrunde liegen würde. Man kann weder von einem einheitlichen Daseinszwecke des Menschen, noch von einem einheitlichen Staatszwecke reden. Vgl. darüber Bernatzik a. a. O., S. 201 f., 234 ff.; R. Schmidt, Allgemeine Staatslehre, I. 1901, S. 145 ff., namentlich S. 148. Selbst wenn man mit Jellinek, Das Recht des modernen Staates, I. B., Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 208 ff., eine „Reducierung der Mittelzwecke auf oberste Zwecke" des Staates vornimmt, bleibt noch immer eine Mehrheit dieser obersten Zwecke übrig. A. M. Rehm, Allgemeine Staatslehre, 1899 (in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handbuch des öffentlichen Rechtes, 2. Aufl.), S. 199.

[2] „Interessencentrum" nennt es Bernatzik a. a. O., S. 240.

[3] A. a. O., S. 270.

Bei Beantwortung dieser Frage bin ich — um es gleich von vorne herein festzulegen — genöthigt, von der Bernatzik'schen Auffassung abzuweichen.

Nach Bernatzik gibt es Personen, welche zwar Zweckträger, aber nicht auch Subject jenes Willens sind, der ihre Persönlichkeit begründet. Ein solches Auseinanderfallen von Zweckträger und Willenssubject glaubt Bernatzik[1] vorzufinden bei der freien und gesetzlichen Stellvertretung, sowie bei der sogenannten juristischen Person.

Ich halte diese Auffassung Bernatzik's nicht für richtig. Meines Erachtens ist auch in allen diesen Fällen der Zweckträger, die Person, zugleich auch Subject des die betreffende Persönlichkeit begründenden Willens. Ja ich glaube, dass es vermöge der engen Wechselbeziehungen[2] zwischen Zweck und Wille überhaupt zum Wesen der Persönlichkeit im Rechtssinne gehört, dass Zweckträger und Subject des die betreffende Persönlichkeit begründenden Willens stets zusammenfallen. Meines Erachtens hat jede Person ihren Willen, d. h. einen Willen, dessen Subject sie selbst ist. Wenn von den Elementen der rechtlichen Persönlichkeit, Zweck und Wille, die Rede ist, so muss, meiner Meinung nach, unter „Wille" stets der Wille der betreffenden Person selbst verstanden werden, sogar dann, wenn im concreten Falle wirklich ein fremder Wille zur Realisierung der Zwecke dieser Person berufen sein sollte, wie es bei der gesetzlichen Stellvertretung der Fall ist.

Die Richtigkeit des eben Gesagten soll im Folgenden erwiesen werden. Zunächst werden wir prüfen, ob die Bernatzik'sche Auffassung, dass in den von ihm erwähnten drei Fällen ein Auseinanderfallen von Zweckträger und Willenssubject zu constatieren sei, thatsächlich unrichtig ist. Aus der Untersuchung dieser drei Fälle dürfte sich dann auch in positiver Hinsicht ergeben, ob meine Behauptung gerechtfertigt ist, daß die Identität von Zweck-

---

[1] A. a. O., S. 236 ff., vgl. auch S. 233.

[2] Dieselben werden von Bernatzik a. a. O., S. 232 f., ausdrücklich hervorgehoben.

träger und Willensſubject zum Weſen der rechtlichen Perſönlichkeit ſchlechthin gehöre.

§ 5. Freie Stellvertretung.

Wenn nach den Elementen der Perſon des durch den freien Stellvertreter Vertretenen gefragt wird, ſo kommt als Wille nicht, wie Bernatzik glaubt, der Wille des freien Stellvertreters, ſondern der Wille des Vertretenen ſelbſt in Betracht. Der freie Stellvertreter kann doch nur durch eine Dispoſition des Vertretenen ſelbſt beſtellt werden, und der Vertretene iſt auch jederzeit in der Lage, den einmal beſtellten Stellvertreter wieder abzuberufen. Der Wille des Vertretenen ſelbſt iſt der von der Rechtsordnung zur Realiſierung ſeiner Zwecke berufene Wille, nur kann ſeine Dispoſition über ſeine Zwecke u. a. auch darin beſtehen, daſs er einen anderen, nämlich den freien Stellvertreter, für ſich handeln läſst.

Das ganze Inſtitut der freien Stellvertretung ſetzt alſo die Exiſtenz der Perſönlichkeit des Vertretenen im allgemeinen und die Exiſtenz eines zur Realiſierung der Zwecke des Vertretenen berufenen Willens im beſonderen bereits voraus, und es hieße daher das ganze Verhältnis auf den Kopf ſtellen, wollte man annehmen, daſs der Wille des freien Stellvertreters es iſt, welcher die Perſönlichkeit des Vertretenen begründet und bei den Elementen derſelben in Betracht kommt.

§ 6. Geſetzliche Stellvertretung.

Auch hier iſt nach Bernatzik's Auffaſſung nicht der Zweckträger, d. i. der geſetzlich Vertretene, ſondern ein Fremder, nämlich der geſetzliche Vertreter, das Subject jenes Willens, welcher die Perſönlichkeit des geſetzlich Vertretenen begründet und bei den Elementen derſelben in Betracht kommt. Darnach würden z. B. die Elemente der Perſönlichkeit des Mündels beſtehen:

1. In den Zwecken des Mündels,
2. in dem zur Realiſierung dieſer Zwecke berufenen Willen des Vormundes.

Nun ist es ja richtig, dass im concreten Falle der Wille des Vormundes, respective allgemein gesagt, der Wille des gesetzlichen Vertreters, zur Realisierung der Zwecke des gesetzlich Vertretenen berufen ist. Allein nicht die Thatsache, dass im concreten Falle der Wille des gesetzlichen Stellvertreters, sondern die andere Thatsache, dass principiell der Wille des gesetzlich Vertretenen selbst zur Realisierung seiner Zwecke berufen ist, bewirkt, dass der gesetzlich Vertretene selbst Person ist.

Um diesen principiell berufenen Willen des gesetzlich Vertretenen also handelt es sich, wenn nach den Elementen der Persönlichkeit des gesetzlich Vertretenen gefragt wird.

Dies bedarf einer näheren Ausführung:

a) Principiell ist stets der Wille des gesetzlich Vertretenen selbst zur Realisierung seiner Zwecke berufen. Dies ergibt sich daraus, dass die Übertragung der Realisierung dieser Zwecke an den gesetzlichen Vertreter nur provisorisch, wie z. B. beim Sequester, Concursmasseverwalter, oder aus Gründen der Prophylaxis, wie z. B. beim curator furiosi, erfolgt. Dass bei einer provisorischen Übertragung definitiv, also principiell, noch immer der Wille des gesetzlich Vertretenen zur Realisierung berufen bleibt, ist schon im Begriffe des Provisoriums selbst gelegen. Aber auch in einer Übertragung aus Gründen der Prophylaxis — sogar dort, wo diese Übertragung ein Definitivum bildet, wie z. B. beim Curator eines unheilbar Wahnsinnigen, — kommt die Anerkennung zum Ausdruck, dass principiell der gesetzlich Vertretene, also der Zweckträger selbst, zur Realisierung berufen ist. Denn die Rechtsordnung nimmt in einem solchen Falle dem gesetzlich Vertretenen die Realisierung seiner Zwecke nur deshalb aus der Hand, weil in seiner physischen Beschaffenheit Verhältnisse eingetreten sind, die die Rechtsordnung einerseits nicht ändern kann, welche aber andererseits eine vernünftige Willensgebarung ausschließen[1]. Darin, dass die Rechtsordnung die Realisierung der

[1] Dort, wo die vernünftige Willensgebarung des gesetzlich Vertretenen nur theilweise ausgeschlossen ist, wird ihm auch die Realisierung seiner Zwecke nur theilweise entzogen; so z. B. beim prodigus.

Zwecke dem gesetzlich Vertretenen, dem „Zweckträger", selbst überlassen würde, wenn nicht jene physischen, nicht zu beseitigenden Verhältnisse vorhanden wären, kommt zum Ausdruck, dass principell der Wille des gesetzlich Vertretenen selbst zur Realisierung seiner Zwecke berufen ist.

b) Einzig und allein um diesen principiell zur Realisierung berufenen Willen handelt es sich, wenn wir von den Elementen der Persönlichkeit des gesetzlich Vertretenen reden. Nicht die Thatsache, dass im concreten Falle der Wille des gesetzlichen Vertreters zur Realisierung berufen ist, sondern die Thatsache, daß principiell der Wille des gesetzlich Vertretenen selbst hierzu berufen ist, bewirkt, dass der gesetzlich Vertretene Person ist.

Dies dürfte sich aus folgender Erwägung ergeben: Würde irgend ein Staat principiell für jedes der ihm angehörigen Individuen in derselben Weise sorgen, wie er prophylaktisch für den nasciturus, infans, furiosus sorgt, dann gäbe es in diesem Staate kein subjectives, sondern nur objectives Recht, eine Art Sclavenschutzrecht; die der Staatsgewalt Unterworfenen wären nicht Rechtssubjecte, keine Personen. Weil aber eben principiell nicht der Wille des gesetzlichen Vertreters, sondern der des gesetzlich Vertretenen selbst zur Realisierung berufen ist, wird ihm durch Aufstellung des gesetzlichen Vertreters die Eigenschaft, Person zu sein, nicht genommen.

Dass dem so ist, ergibt sich auch daraus, dass wir das Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem gesetzlich Vertretenen, also z. B. zwischen Vormund und Mündel, nur deshalb von einer juristischen Person zu unterscheiden in der Lage sind, weil der Wille des Vertretenen selbst der principiell zur Realisierung berufene Wille ist[1].

---

[1] Eben deshalb ist auch die Concursmasse keine juristische Person. Eigenthümer ist und bleibt der Schuldner. Dies zeigt sich darin, dass, wenn nachträglich das Verfahren eingestellt wird, der Schuldner nicht erst wiederum zum Eigenthümer der zur Masse gehörigen Sachen gemacht wird. Die Realisierung der Zwecke ist eben nur provisorisch dem Schuldner genommen und dem gesetzlichen Vertreter, dem Masseverwalter, anvertraut; principiell bleibt nach wie vor der Wille des Schuldners selbst zur Realisierung berufen.

Der Vormund, welcher das Mündelvermögen verwaltet, ist nicht Curator einer Stiftung, deren Zweck darin besteht, dem Mündel, ähnlich wie der Stute Bellona, den Lebensunterhalt zu bieten. Die Stute Bellona ist nicht Person, ist nicht Träger der vom Stiftungscurator verwalteten Vermögensrechte; wohl aber besitzt das Mündel Persönlichkeit, die vom Vormunde verwalteten Vermögensrechte gehören dem Mündel selbst zu. Dieser Unterschied der Stellung des Mündels gegenüber der Stute Bellona lässt sich nur im Hinblicke auf die Thatsache verstehen, dass der Wille des Mündels selbst der principiell zur Realisierung berufene Wille ist.

Bernatzik allerdings glaubt, diesen Gegensatz zwischen Mündel und Stute Bellona, oder allgemein gesagt, zwischen physischer und juristischer Person nicht im Willensmoment, sondern lediglich im Zweckmoment begründet zu sehen. Seiner Ansicht nach unterscheidet sich die juristische Person von der physischen darin, dass bei ersterer „das Subject des Zweckes kein einzelner Mensch ist, — aber auch nur darin; in der Beschaffenheit des Willens, der den Zweck realisiert, liegt der Unterschied zwischen physischer und juristischer Person nicht und kann er nicht liegen“[1].

Dieser einseitigen Betonung des Zweckmomentes gegenüber möchte ich mir aber die Frage erlauben: Warum ist denn just das Mündel selbst der Zweckträger? Aus der Thatsache, dass der Vormund die rechtliche Pflicht hat, für die Interessen des Mündels zu sorgen, folgt es nicht, denn diese Pflicht hätte der Vormund auch dann, wenn das Mündel nicht Zweckträger, also nicht Person, wäre, sondern wenn das Mündelvermögen eine Stiftung wäre, deren Zweck im Lebensunterhalte des Mündels à la Stute Bellona bestände[2]. Die Ursache, dass das Mündel selbst Zweckträger ist,

---

[1] A. a. O., S. 240 f.; vgl. auch S. 238.

[2] Daher vermag sich die Thatsache, dass der gesetzlich Vertretene selbst Person bleibt, auch nicht, wie Regelsberger, Pandekten, I. 1893, S. 77 f., glaubt, daraus zu erklären, dass der gesetzliche Stellvertreter zu seiner Function einer Vollmacht bedarf. Denn eben dieselbe Vollmacht wäre ja auch dann nöthig, wenn der gesetzlich Vertretene nicht Person wäre, wenn es sich also nicht um eine gesetzliche Stellvertretung, sondern

muſs alſo wo anders liegen, und ſie liegt eben im Willensmomente, d. h. darin, daſs der Wille des Mündels ſelbſt der zur Realiſierung ſeiner Zwecke principiell berufene Wille iſt. Es iſt ja vollkommen richtig, daſs das Charakteriſticum der phyſiſchen Perſon darin beſteht, daſs ein einzelner Menſch Zweckträger iſt. Falſch iſt nur, das Zweckmoment vom Willensmoment loszureißen und zu ſagen: „Der Unterſchied zwiſchen phyſiſcher und juriſtiſcher Perſon liegt nur im Zweckmoment, nicht auch im Willensmoment". Wie Zweck und Wille nicht von einander getrennt werden können, indem beide nur zwei verſchiedene Relationen ein und derſelben Thatſache darſtellen und daher das eine das andere — und umgekehrt — vorausſetzt: So läſst ſich auch die Eigenſchaft, Zweckträger zu ſein, nicht trennen von der Eigenſchaft, Subject des zur Zweckrealiſierung principiell berufenen und daher die Perſönlichkeit des Zweckträgers begründenden Willens zu ſein. Das Eine iſt nur eine andere Ausdrucksweiſe für das Andere.

Der principiell berufene Wille des Mündels ſelbſt alſo, und nicht, wie Bernatzik glaubt, der Wille des Vormundes, iſt es, welcher für die Elemente der rechtlichen Perſönlichkeit des Mündels in Betracht kommt[1].

---

um die Organträgerſchaft für eine juriſtiſche Perſon, für eine Stiftung, handeln würde, welche die ſoeben im Haupttexte erwähnte Beſtimmung hätte.

[1] Derjenige, welcher nicht den principiell berufenen Willen des Mündels, ſondern den des Vormundes als zu den Elementen der rechtlichen Perſönlichkeit des Mündels gehörig anſieht, wird auf die Frage, wieſo das handlungsunfähige Mündel dennoch Rechtsfähigkeit, alſo Perſönlichkeit, beſitzt, worin ſich mithin die Rechtsfähigkeit von der Handlungsfähigkeit unterſcheidet, nie eine befriedigende Antwort geben können. So erklärt es ſich, daſs Fricker in der Tüb. Zeitſchr. XXV., S. 33, und Bierling, Kritik der juriſtiſchen Grundbegriffe, II. 1883, S. 84 ff., das Verhältnis zwiſchen Vormund und Mündel von einer juriſtiſchen, oder wie Bierling ſagt, fingierten Perſon nicht zu unterſcheiden in der Lage ſind und daher das handlungsunfähige Mündel eben deshalb auch für rechtslos erklären. In ähnlicher Weiſe behauptet der letztgenannte Verfaſſer auch in ſeiner „Juriſtiſchen Principienlehre", I. S. 208 ff., daſs zum Weſen der Perſon (im Gegenſatz zur bloßen Perſönlichkeitsfiction) ein phyſiſch oder, wenn man will, pſychiſch wirklich vorhandener Wille gehöre. Wäre dies richtig,

Auf die gesetzliche Stellvertretung im allgemeinen angewendet, heißt das so viel als: Die Elemente der rechtlichen Persönlichkeit des gesetzlich Vertretenen sind:

1. Die Zwecke des gesetzlich Vertretenen,

2. der zur Realisierung dieser Zwecke principiell berufene Wille ebenfalls des gesetzlich Vertretenen, nicht der im concreten Falle aus Gründen eines Provisoriums oder der Prophylaxis berufene Wille des gesetzlichen Vertreters.

So sehen wir, dass bei der gesetzlichen Stellvertretung von einem Auseinanderfallen von Zweckträger und Subject des die Persönlichkeit des gesetzlich Vertretenen begründenden Willens nicht die Rede sein kann. Ja noch mehr! Wir finden schon in den bisherigen Erörterungen[1] die oben (S. 4) aufgestellte Behauptung bestätigt, dass vermöge der innigen Wechselbeziehungen zwischen Zweck und Wille bei jeder Person Zweckträger und Subject des die betreffende Persönlichkeit begründenden Willens nothwendig zusammenfallen müssen.

Der hier ausgesprochene Gedanke, dass der principiell berufene Wille des gesetzlich Vertretenen selbst dessen Persönlichkeit begründe, ist übrigens kein neuer. Alle diejenigen, welche das Merkmal der Person im „Wollen dürfen" im Gegensatz zum „Wollen können" suchen, haben diesen Gedanken gehabt[2]. Leider haben sie aber demselben durch Aufstellung des erwähnten Gegensatzes vom „Wollen

---

dann müsste der Mensch für die Zeit des Schlafes, Fiebers, Trunkenheit 2c. ebensogut zur fingierten Persönlichkeit werden, wie der infans, furiosus 2c. für die Zeit ihrer Willensunfähigkeit. Solchen Fährlichkeiten entgeht man, wenn man daran festhält, dass die rechtliche Persönlichkeit bereits damit gegeben ist, dass ihr Wille zur Realisierung der betreffenden Zwecke principiell berufen ist.

[1] Mehr noch unten S. 27 ff.

[2] Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., I. § 37 Anm. 2 a. E.; Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Person, 1873, S. 47; Rosin in Hirth's Annalen 1883, S. 286 f. Klar kommt dies bei dem zuletzt erwähnten Schriftsteller zum Ausdruck, wenn derselbe a. a. O., S. 279, hervorhebt, „dass der Gegensatz des ‚eigenen Rechtes' nur durch eine dauernde Beziehung des von einer Person ausgeübten Rechtes auf eine andere Person gegeben sein kann".

dürfen" und „Wollen können" einen unglücklichen Ausdruck gegeben. Denn

1. sind bei diesem Gegensatze nur die Fälle der Prophylaxis und nicht auch die des Provisoriums berücksichtigt: Nur in den Fällen physischer Unvermögenheit des gesetzlich Vertretenen, also nur in den Fällen der Prophylaxis, könnte man füglich sagen: „Er darf wollen, kann aber nicht." In den Fällen des Provisoriums dagegen, z. B. beim Sequester und Concursmasseverwalter, ist gerade das Umgekehrte der Fall: Hier kann der gesetzlich Vertretene zwar wollen, darf es aber nicht.

2. Allein selbst wenn wir von dieser Einseitigkeit des erwähnten Gegensatzes vom „Wollen dürfen" und „Wollen können" absehen, muss dieser Gegensatz noch immer als ein unglücklich formulierter, weil zu Missverständnissen Anlass gebender, bezeichnet werden.

Man kann nämlich — und Bernatzik[1] thut es auch — gegenüber der erwähnten Formulierung den Einwand erheben, dass doch unmöglich dort von einem „Wollen dürfen" gesprochen werden kann, wo das „Wollen können" fehlt[2]. Dem entgeht man, wenn man nicht vom „Wollen dürfen", sondern vom principiell berufenen Willen spricht. Der Thatsache, dass bei der gesetzlichen Stellvertretung principiell stets der Wille des gesetzlich Vertretenen selbst zur Realisierung berufen ist, widerspricht es keineswegs, dass im concreten Falle aus physischen Gründen, denen die Rechtsordnung machtlos gegenüber steht, ein Wille des gesetzlich Vertretenen überhaupt gar nicht da ist, wie z. B. beim nasciturus, oder nur in mangelhafter Form existiert, wie beim infans, furiosus, prodigus. Mit dem Satze, dass principiell der Wille des gesetzlich Vertretenen selbst berufen ist, soll vielmehr nur gesagt sein, dass von Seite der Rechtsordnung alles bereit ist, sobald die physischen Verhältnisse das Vorhandensein eines normalen Willens erkennen lassen, diesen auch als rechtlichen Willen anzuerkennen, sei es, dass das Inslebentreten dieses normalen Willens für die Zukunft zu erwarten ist (z. B. beim nasciturus, infans, heilbar Wahnsinnigen), sei es, dass er unter normalen Umständen vorhanden wäre (z. B. beim unheilbar Wahnsinnigen).

---

[1] A. a. O., S. 195, im Anschlusse an Zrodlowski, Röm. Pr.-Recht, I. S. 120, 139.

[2] Verwandt damit ist auch das, was Bernatzik a. a. O., S. 200 Anmerkung 132, gegen jede Unterscheidung zwischen „Wollen dürfen" und „Wollen können" einwendet.

§ 7. Juristische Person.

Auch hier kann meines Erachtens von einem Auseinanderfallen von Zweckträger und Subject das die betreffende rechtliche Persönlichkeit begründenden Willens nicht gesprochen werden. Es soll ja nicht geleugnet werden, dass bei der juristischen Person der Wille einer physischen Person, respective der Wille eines Collegiums von physischen Personen, zur Realisierung der Zwecke der juristischen Person berufen ist. Allein, wenn wir nach dem die rechtliche Persönlichkeit der juristischen Person begründenden Willen fragen, so kommt nicht der Wille der intervenierenden physischen Personen in Betracht, sondern einzig und allein der durch diese Intervention erzeugte Wille der juristischen Person selbst.

Hiermit ist der ganze Gegensatz in der Auffassung Bernatzik's gegenüber der hier vertretenen Auffassung gekennzeichnet: Nach Bernatzik ist jede juristische Person nothwendig willenslos, nach meiner Auffassung ist jede juristische Person mit Willen begabt; nach Bernatzik sind bei der juristischen Person die Elemente der Persönlichkeit:

1. Ein Zweck,

2. der zur Realisierung dieses Zweckes berufene Wille der intervenierenden physischen Person [1],

nach meiner Auffassung sind diese Elemente:

1. Ein Zweck,

2. der durch die Intervention der physischen Person erzeugte Wille der juristischen Person selbst.

Diese meine Behauptung von der Existenz eines selbständigen Willens der juristischen Person soll im Folgenden näher begründet werden.

Das Problem, welches sich uns hierbei aufrollt, lässt sich in folgender Weise formulieren: Gibt es außer den physischen Personen, also außer den Menschen, auch noch andere Willenssubjecte oder nicht?

---

[1] Bernatzik a. a. O., S. 238: „Auch hier (nämlich bei der juristischen Person) ist, wie bei der Stellvertretung, der Zweck, der vom Willen realisiert wird, ein dem Subject dieses letzteren fremder."

Die Antwort auf diese Frage fällt in verschiedener Weise aus, je nachdem man den physischen oder den juristischen, d. h. rechtlich relevanten Willen im Auge hat. Gewiss! Physische Willenscentren können nur Menschen sein[1]. Nur der Mensch kann physisch wollen. Ganz anders dagegen verhält sich die Sache, wenn wir nach den Centren des juristischen Willens fragen — und dieser juristische Wille allein ist es doch, welcher uns bei rechtlichen Untersuchungen beschäftigen darf[2]! Jedes juristische Willenscentrum ist das Product gesetzgeberischer Willkür. Die Rechtsordnung schafft ein juristisches Willenscentrum, d. h. sie setzt fest, dass eine bestimmte Gruppe von rechtlichen Handlungen, sogenannte Handlungen des betreffenden juristischen Willenssubjectes, von einem einheitlichen Mittelpunkte aus nach den Gesetzen freier Selbstbestimmung ihren Impuls empfangen. Die Rechtsordnung macht nicht nur das physische Willenscentrum, den Menschen, zu einem solchen juristischen Willenscentrum, sondern setzt auch außerhalb des Menschen juristische Willenscentren nach freiem Belieben ins Leben, wobei allerdings nicht vergessen werden darf, dass ein außerhalb des Menschen gelegenes juristisches Willenscentrum immer nur durch die Thätigkeit solcher juristischer Willenscentren in Function gesetzt werden kann, welche zugleich physische Willenscentren sind[3], also mit anderen Worten durch die Thätigkeit von menschlichen Willenscentren[4].

---

[1] Ob auch das Thier ein psychisches Leben führt oder nicht, dies zu untersuchen sei dem Philosophen und Naturforscher überlassen!

[2] Den Gegensatz zwischen physischem und juristischem Willen heben richtig hervor: H. Schulze, Das preußische Staatsrecht auf Grundlage des deutschen Staatsrechtes, 2. Aufl. 1888—1890, I. S. 131, 565; Jellinek im Arch. f. öff. R. VIII., S. 177 f.; Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 129, 609. Vgl. auch Gareis, Encyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1900, S. 141; Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiscus im Bürgerlichen Gesetzbuche, 1899 (Sonderabdruck aus dem Verwalt.-Arch.), S. 13; Hatschek, Das englische Local-Government, 1901 (Sonderabdruck aus dem Verwalt.-Arch.), S. 2.

[3] Insofern muss den Ausführungen von Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, 1885, S. 117, zugestimmt werden.

[4] Sogenannte „Willensorganisation". Der Einwand, dass es sich da um „fingierte", oder richtiger gesagt, „abstrahierte", „künstliche", „vor-

Durch welches Mittel aber bewirkt die Rechtsordnung, daſs trotz der Thätigkeit menſchlicher Willenscentren dennoch ein außerhalb dieſer Menſchen gelegenes Centrum ins Leben tritt, von welchem aus eine beſtimmte Gruppe rechtlicher Handlungen nach den Geſetzen freier Selbſtbeſtimmung ihren Impuls empfängt? Durch das Mittel der rechtlichen Competenz, der rechtlichen Pflicht. Dieſe bewirkt, daſs die verſchiedenen nothwendig intervenierenden menſchlichen Willenscentren in den Hintergrund, das einheitliche, außerhalb dieſer intervenierenden menſchlichen Willenscentren liegende Willenscentrum der juriſtiſchen Perſon in den Vordergrund tritt.

Am deutlichſten kommt dies dort zum Ausdruck, wo die verſchiedenen intervenierenden menſchlichen Willenscentren gleichzeitig, alſo neben einander, thätig ſind, wie z. B. beim modernen Verfaſſungsſtaate[1]. Hier iſt es ganz beſonders einleuchtend, daſs die ſich gegenſeitig vorausſetzenden und ergänzenden rechtlichen Competenzen und Verpflichtungen der vielen intervenierenden menſchlichen Willenscentren ſich zu einer harmoniſchen Einheit kunſtvoll zuſammenfügen und ſo bewirken, daſs wir neben den verſchiedenen inter-

---

geſtellte" (der Gegenſatz zwiſchen Fiction und Abſtraction richtig hervorgehoben bei Jellinek, Syſtem der ſubjectiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 16; G. Meyer, Lehrbuch des deutſchen Staatsrechtes, 5. Aufl. 1899, S. 14 und 14[1]; Rehm, Allg. Staatslehre, S. 156), nicht um „wirkliche" Perſonen handle, welcher Auffaſſung wir auch neueſtens noch begegnen (bei Bierling, Kritik d. juriſt. Grundbegriffe, II. S. 84, 91 ff.; Bierling, Juriſt. Principienlehre, I. S. 220 ff.; Dantſcher v. Kollesberg, Die politiſchen Rechte der Unterthanen, 1888—1894, 1. Lief. S. 29; Hänel, Deutſches Staatsrecht, I. 1892, S. 106 f.; Rehm a. a. O., S. 155 f.), iſt bereits längſt widerlegt durch den Hinweis darauf, daſs überhaupt alle vom Rechte beigelegten Qualitäten, auch die Perſönlichkeit des Menſchen, etwas „Abſtrahiertes", „Künſtliches", „Vorgeſtelltes" ſind. Vgl. die unübertrefflichen Ausführungen Laband's im Arch. f. öff. R. II., S. 160 f., und in der Zeitſchr. f. d. geſ. Handelsrecht, 30. B., S. 471; ferner Laband, Das Staatsrecht des Deutſchen Reiches, 3. Aufl. 1895, I. S. 85[1]; Jellinek im Arch. f. öff. R. II., S. 337; Jellinek, Syſtem d. ſubj. öff. Rechte, S. 16, 27; Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 150 f., 160 f.

[1] Vgl. darüber S. 30, 32 ff.

venierenden menschlichen Willenscentren auch noch das einheitliche Willenscentrum der betreffenden juristischen Person thätig sehen und nicht nur von den Handlungen der intervenierenden physischen Personen, sondern auch von den Handlungen der betreffenden juristischen Person selbst sprechen.

Aber auch dort, wo die verschiedenen intervenierenden menschlichen Willenscentren nur nach einander thätig sind, in jedem einzelnen Zeitpunkte also immer nur ein menschliches Willenscentrum interveniert, muss man die Existenz eines einheitlichen, von dem jeweilig intervenierenden menschlichen Willenscentrum wohl zu unterscheidenden Willenscentrums der juristischen Person selbst anerkennen. Das typische Beispiel für diesen Fall bildet die jeweilig immer nur von einem einzigen Verwalter verwaltete Stiftung. Neben dem intervenierenden Willenscentrum des jeweiligen Verwalters ist hier noch das einheitliche Willenscentrum der juristischen Person selbst thätig; dasselbe besteht ohne Rücksicht auf die vielen einander ablösenden intervenierenden menschlichen Willenscentren unverändert fort vermöge der alle Verwalter gleichmäßig bindenden rechtlichen Pflicht.

So muss stets das einheitliche juristische Willenscentrum der juristischen Person selbst, von den verschiedenen neben einander oder nach einander wirkenden juristischen (und zugleich physischen) Willenscentren der intervenierenden menschlichen Individuen unterschieden werden. Damit ist die oben (S. 12) aufgeworfene Frage, ob es außer dem Menschen auch noch andere Willenssubjecte gibt, wenigstens bezüglich des für Rechtsfragen allein in Betracht kommenden juristischen Willens in bejahendem Sinne beantwortet.

Verhältnis der intervenierenden menschlichen Willenscentren zu dem einheitlichen Willenscentrum der juristischen Person selbst:

Stets muss die juristische Person selbst unterschieden werden von den Personen der intervenierenden menschlichen Individuen. Wenn wir nun die Art und Weise betrachten, in welcher diese Intervention im concreten Falle vor sich geht, so lassen sich folgende zwei Elementarfälle unterscheiden:

1. Es ist eine einzige menschliche Person zur Intervention berufen.

2. Es ist eine Mehrheit, ein Collegium von menschlichen Personen, dazu berufen[1] [2].

Ad 1. Ein naheliegendes Beispiel bildet der eine Verordnung erlassende Minister. Dadurch, dass die momentan gerade den Ministerposten bekleidende menschliche Person, oder kurz gesagt, die Person des Ministers, erklärt: „Ich will . . .", erklärt gleichzeitig auch die Person des Staates: „Ich will . . ." Der Wille der Person des Ministers muss da also unterschieden werden vom inhaltsgleichen Willen der Person des Staates. Der Minister erklärt nur *seinen* Willen, nicht auch den Willen des Staates. Dadurch aber, dass der Minister *seinen* Willen erklärt, erklärt andererseits auch der Staat *seinen inhaltsgleichen* Willen, d. h. dadurch, dass das menschliche Willenscentrum des Ministers in Thätigkeit gesetzt wird, kommt gleichzeitig *in demselben Sinne* auch das Willenscentrum des Staates in Function.

Ad 2. Analog verhält es sich im zweiten Falle. Der Unterschied besteht nur darin, dass wir es statt mit einer einzigen, mit einer Mehrheit von intervenierenden menschlichen Personen zu thun haben. Gewöhnlich genügt es dabei, dass eine bestimmte Anzahl (Majorität) derselben den erforderlichen Willen erklärt. Als Beispiel mag der Fall dienen, dass eine Parlamentskammer den Beschluss fasst, gegen das Ministerium das Anklageverfahren einzuleiten. Die Personen der die Majorität bildenden Abgeordneten erklären *ihren* Willen — oder was dasselbe ist, das Collegium der Personen der Abgeordneten erklärt mit Majoritätsprincip *seinen* Willen —, und eben dadurch erklärt auch die juristische Person des Staates *ihren inhaltsgleichen* Willen. Der Wille des Collegiums der intervenierenden menschlichen Personen muss also unterschieden werden von dem inhaltsgleichen Willen der juristischen Person selbst.

---

[1] Außer diesen zwei einfachsten Fällen gibt es noch die verschiedenartigsten Combinationen derselben.

[2] Die eben gemachte Eintheilung darf nicht verwechselt werden mit der S. 14 f. gemachten Distinction. Dort handelte es sich darum, jene juristischen Personen, bei denen gleichzeitig mehrere intervenierende menschliche Willenscentren thätig sein *können*, zu unterscheiden von solchen, bei denen *überhaupt* gleichzeitig immer nur *ein* menschliches Willenscentrum thätig sein *kann*. Hier dagegen handelt es sich um *die* Frage, ob bei einer *concreten* Willensäußerung der juristischen Person ein oder mehrere menschliche Willenscentren intervenieren *müssen*.

Damit wäre das Verhältnis der intervenierenden menschlichen Willenscentren zum Willenscentrum der juristischen Person gekennzeichnet: Es findet eine parallele Willensthätigkeit des menschlichen Willenscentrums (respective des Collegiums von menschlichen Willenscentren) und des Willenscentrums der juristischen Person selbst statt. Dies halte ich für die einfachste Lösung der Frage, in welchem Verhältnis die intervenierenden menschlichen Willenscentren zum Willenscentrum der juristischen Person stehen[1].

Nunmehr muss nur noch festgestellt werden, wie die von der Wissenschaft auf dieses Verhältnis angewendeten termini „Organ" und „Organträger" zu verwenden sind. Wer ist Organ? Wer ist Organträger?

Über den letzteren Begriff ist man sich so ziemlich einig: Organträger nennt man die intervenierende menschliche Person und spricht so von der „Person des Organträgers". Dadurch, dass die Person des Organträgers ihren Willen, respective das Collegium dieser Personen seinen Willen erklärt, erklärt auch die juristische Person selbst ihren inhaltsgleichen Willen, oder was dasselbe ist: Die Person des Organträgers, respective das Collegium dieser Personen,

[1] Es liegt in dieser angeblichen parallelen Willensthätigkeit nicht etwa was Mysteriöses. „Die juristische Person will", heißt ja nichts anderes als: „Das von der Rechtsordnung durch Statuierung von rechtlichen Competenzen und Pflichten (siehe S. 14 f.) geschaffene juristische Willenscentrum befindet sich in Action." Und damit dies bewerkstelligt werde, muss eben gleichzeitig auch ein menschliches Willenscentrum (respective ein Collegium von solchen) in demselben Sinne thätig sein. Man drückt diese letztere Thatsache auch so aus, dass man sagt: „Das intervenierende menschliche Willenscentrum (respective Collegium) erzeugt den Willen der juristischen Person." Aber man darf dieses Wort „Erzeugen" nur cum grano salis nehmen; es soll hier nämlich durch dasselbe nur angedeutet werden, dass dadurch, dass das intervenierende menschliche Willenscentrum (respective Collegium) seinen Willen erklärt, gleichzeitig auch die juristische Person selbst den inhaltsgleichen Willen äußert; gefehlt wäre es, das Wort „Erzeugen" in dem Sinne zu verstehen, als ob das menschliche Individuum (respective Collegium) selbst den Willen der juristischen Person äußern würde. Denn jedermann, jedes Willenscentrum, kann immer nur seinen eigenen Willen äußern. Ebenso halte ich es auch für incorrect oder wenigstens zu Missverständnissen Anlass gebend zu sagen, der Wille des intervenierenden menschlichen Individuums „gelte" als Wille der juristischen Person. (So z. B. Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 494.)

erzeugt den Willen der juristischen Person. Damit ist der Gegensatz zwischen der Person des Organträgers und der juristischen Person selbst gekennzeichnet.

Allein der terminus „Person des Organträgers" soll auch noch den Gegensatz zum Begriffe „Organ" hervorheben[1]. Es fragt sich

[1] Dieser Gegensatz findet sich hervorgehoben unter anderen bei Jellinek, System d. subj. öff. Rechte, S. 214, 220; Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 512 f.; Geffcken, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 1901, S. 83 f. Dagegen unterscheidet Bernatzik a. a. O. nicht mit der wünschenswerten Schärfe zwischen Organ und Organträger. Denn a. a. O., S. 218 f., wo er sagt, dass nicht der Staat, sondern das „Organ" „will", versteht er unter „Organ" ganz augenscheinlich die Person des Organträgers (vgl. auch S. 230 f., 238, 240 f.); andererseits aber stellt er das Organ doch auch wiederum in Gegensatz zur Person des Organträgers; denn a. a. O., S. 204 ff., hebt er die Unpersönlichkeit des Organes hervor und bekämpft die in der heutigen Litteratur ziemlich zahlreich gemachten Versuche, den Organen Persönlichkeit zuzusprechen, in wirkungsvollster Weise.

Manche Schriftsteller verstehen unter „Organ" sowohl die Person des Organträgers, als auch das unpersönliche Collegium von solchen Personen. Hierher gehören G. Meyer a. a. O., S. 14; Dantscher v. Kollesberg a. a. O., 1. Lief. S. 42 f., 43 Anm. 17; Br. Schmidt, Der Staat, 1896 (in Jellinek—Meyer, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, I. B. 6. Heft), S. 103. Ganz deutlich aber kommt dieser Standpunkt bei Hänel a. a. O., I. S. 84 ff., zur Geltung; S. 85: „Organe ... sind diejenigen Individuen, welche durch ihr individuelles Wollen den Gemeinwillen bilden und tragen"; S. 89: „Organ kann aber auch ein Collegium sein, d. h. eine bestimmte Zusammenstellung einer Mehrheit von Personen." Soweit alle diese Schriftsteller unter „Organ" die Person des Organträgers verstehen, sind sie natürlich vollkommen im Recht, wenn sie das Organ als Träger von Rechten auffassen, ihm also Persönlichkeit zuschreiben, wie z. B. Dantscher v. Kollesberg a. a. O., 1. Lief. S. 47, Hänel a. a. O., I. S. 86 f., Br. Schmidt a. a. O., S. 98 f. (nur hat dann letzterer kein Recht, a. a. O. gegen die Ansicht Jellinek's zu polemisieren, dass die Organe unpersönlich seien; denn Jellinek hat eben unter „Organ" etwas anderes im Auge als den Organträger; die Persönlichkeit dieses letzteren zu bestreiten, ist ihm nie eingefallen); soweit sie aber mit „Organ" das Collegium von Organträgern meinen, ist ihre Lehre von der Persönlichkeit des Organes falsch. (Vgl. die diesbezüglich treffende Polemik Jellinek's, Allg. Staatslehre, S. 512[2], gegen Hänel.)

Eine gänzliche Identificierung von Organträger und Organ endlich nimmt R. Schmidt, Allg. Staatslehre, I. S. 226, vor.

nun, was der Inhalt dieses Begriffes „Organ“ sein soll? Fast will es scheinen, als ob ein dem Begriff „Organträger“ gegenüberstehender Begriff „Organ“ überhaupt überflüssig wäre. Genügt es denn nicht zu wissen, dass die Person des Organträgers *ihren* Willen und dadurch gleichzeitig auch die juristische Person selbst *ihren inhaltsgleichen* Willen erklärt? Wo soll da noch für ein Drittes, nämlich für das „Organ“, Platz sein? Und doch ist ein solcher Platz vorhanden! Es fragt sich nur, wo?

Sicher ist jedenfalls, dass das Organ keine Persönlichkeit besitzen kann[1]. Es wird doch niemand behaupten wollen, dass zwischen die Person des Organträgers und die juristische Person sich noch eine dritte Person des Organes einschiebe! Ebenso sicher aber ist es auch, dass das Organ nicht Willenssubject sein kann. Willenssubjecte sind nur der Organträger, respective das Collegium der Organträger, und die juristische Person selbst. Dadurch, dass die Person des Organträgers, respective das Collegium dieser Personen, will, erklärt gleichzeitig die juristische Person selbst ihren inhaltsgleichen Willen. Für ein *drittes* Willenssubject fehlt der Raum[2].

Gegenüber dieser Unsicherheit in der Terminologie muss betont werden, dass eine scharfe Trennung der Begriffe „Organ“ und „Organträger“ unbedingt nothwendig ist. Dies ergibt sich aus einer Äußerung *Fricker's*, Die Verpflichtung des Kaisers zur Verkündigung der Reichsgesetze (Leipziger Decanatsprogramm 1885), S. 34: „Der Kaiser und der König von Preußen sind *zwei verschiedene Personen*.“ Dieser Satz verdankt seine Existenz nur einer Verwechslung der Begriffe „Organ“ und „Organträger“. Deutscher Kaiser und König von Preußen sind wohl zwei verschiedene *Organe*, ihre Trägerschaft aber vereinigt sich in ein und derselben *Person*.

[1] *Bernatzik* a. a. O., S. 204 ff. (vgl. aber oben S. 18[1]); *Jellinek*, System d. subj. öff. Rechte, S. 213 ff.; *Jellinek*, Allg. Staatslehre, S. 512 f. Die Gründe, mit denen *Tezner* in *Grünhut's* Zeitschr. 21. B., S. 183 ff., in einer Kritik *Jellinek's* einer Personificierung der staatlichen Behörden das Wort redet, halte ich nicht für stichhältig.

[2] Und wenn trotzdem auch von solchen, die „Organ“ und „Organträger“ von einander geschieden wissen wollen, häufig gesagt wird, dass die Organe wollen und handeln (z. B. auch *Bernatzik* a. a. O., S. 218 f., 230 f. u. a.), so beruht das nur auf einer nicht genügend strengen Unterscheidung zwischen Organ und Organträger. Vgl. oben S. 18[1]. *Jellinek*, System d. subj. öff. Rechte, S. 214, unterscheidet den „Individualwillen“ des Organträgers vom „Organwillen“ und diesen wieder vom Willen der

Unpersönlichkeit und Willenslosigkeit des Organes wären also festgestellt, und damit kommen wir zur positiven Formulierung des Begriffes „Organ“: Dort, wo „Organ“ zwischen den Begriffen „Organträger“ und „Juristische Person“ etwas Drittes bedeuten soll, kann darunter nur verstanden werden: Die abstracte Institution im Gegensatz zu der concreten menschlichen, physischen Person, respective im Gegensatz zu dem concreten Collegium von menschlichen, physischen Personen, welche im Sinne der abstracten Institution thätig sind[1]. Das Organ „Monarch“ z. B. ist lediglich die abstracte, in der Verfassung vorgesehene Institution, kraft welcher der betreffende Staat befähigt ist, gewisse Willensacte dadurch vorzunehmen, dass eine bestimmte menschliche Person, nämlich der Organträger „Monarch“, auch ihrerseits den inhaltsgleichen Willensact vornimmt. Das Organ „Monarch“ darf also nicht verwechselt werden mit dem concreten Organträger „Monarch“. Desgleichen muss das Organ „Parlament“, die abstracte, in der Verfassung vorgesehene Institution als solche, unterschieden werden von dem concreten Collegium der jeweiligen Abgeordneten, welches man auch „Parlament“ nennt. Das Organ „Parlament“ ist ein collegiales Organ, d. h. es ist die Institution, kraft welcher der betreffende Staat gewisse Willensacte nur dadurch vornehmen kann, dass ein Collegium bestimmter menschlicher Personen einen Willen gleichen Inhaltes äußert; aber das collegiale Organ „Parlament“ ist nicht etwa dieses Collegium selbst[2].

Dieser Begriff des Organes wird vor allem der Forderung gerecht, dass das Organ etwas Unpersönliches und Willenloses sein müsse. Denn die bloße Institution, die Einrichtung als solche, kann doch unmöglich Person und Willenssubject sein. Zu diesem Begriff des Organes als der abstracten Institution passt es ferner auch, was Jellinek über das Organ sagt: „Der Staat kann nur vermittelst

---

juristischen Person; über das Unrichtige einer solchen Dreitheilung vgl. unten S. 22 f.

[1] Schon v. Seydel, Bayrisches Staatsrecht, 1. Aufl., 2. Abdruck, 1887—1894, I. S. 388, unterscheidet zwischen den „einander ablösenden Persönlichkeiten der Herrscher“ und dem „König als Institution“. Nur begeht er den Fehler, diesen „König als Institution“ nicht als unpersönliches Organ, sondern als „staatsrechtliches Rechtssubject“ aufzufassen, um auf diese Weise sich die Anerkennung der rechtlichen Persönlichkeit des Staates ersparen zu können. Vgl. darüber unten S. 41 f.

[2] Letzteres geht auch aus den Ausführungen Geffcken's a. a. O., S. 84, hervor.

seiner Organe existieren; denkt man die Organe weg, so bleibt nicht etwa noch der Staat als Träger seiner Organe, sondern ein juristisches Nichts übrig“[1]. Die juristische Person bedarf nothwendig einer in ihrer Verfassung vorgesehenen abstracten Institution, welche es ermöglicht, dass die Willensthätigkeit bestimmter menschlicher Personen die Willensthätigkeit der juristischen Person im Gefolge hat. Diese abstracte Institution muss jederzeit vorhanden sein. Denkt man dieselbe weg, dann wird die betreffende juristische Person thatsächlich zum „juristischen Nichts“. Dagegen ist nicht nothwendig, dass die concreten menschlichen Personen jederzeit da sind, welche die in der abstracten Institution vorgesehene Willensthätigkeit zu entfalten haben. Das Organ „Parlament“ muss jederzeit da sein, soll der betreffende Staat das Prädicat „constitutionell“ tragen, d. h. in der Verfassung eines solchen Staates muss jederzeit Vorsorge getroffen sein, dass der Staat gewisse Willensacte nur so vornehmen kann, dass ein Collegium von menschlichen Personen, Abgeordneten, thätig wird; nicht aber ist nothwendig, dass auch das Collegium selbst immer da sei; das collegiale Organ „Parlament“ existiert auch während der Zeit, in welcher das zeitlich zuletzt in Function gewesene Collegium „Parlament“ aufgelöst ist und die Neuwahlen noch nicht vollzogen sind.

Dieser Begriff des Organes, wie er hier entwickelt ist, findet sich in der Litteratur meines Wissens nicht. Dennoch, glaube ich, ergibt er sich für denjenigen, welcher vom „Organ“ einerseits die Person des Organträgers, andererseits die betreffende juristische Person selbst unterscheidet und daher das Organ als etwas Unpersönliches, Willensloses ansieht, mit zwingender Nothwendigkeit. In dieser meiner Ansicht werde ich bestärkt durch die Thatsache, dass bei demjenigen Schriftsteller, welcher den Gegensatz zwischen dem unpersönlichen Organ einerseits und der Person des Organträgers, sowie der betreffenden juristischen Person andererseits am schärfsten und verdienstvollsten hervorhebt, nämlich bei Jellinek, eine gewisse Unklarheit über den positiven Inhalt des Begriffes „Organ“ sich geltend macht, weil dieser Schriftsteller unter „Organ“ nicht einfach die abstracte Institution versteht. Was ist nach Jellinek „Organ“? Die Antwort

[1] Allg. Staatslehre, S. 512 f.; ähnlich schon im System d. subj. öff. Rechte, S. 213. Auch das, was Geffcken a. a. O., S. 84, sagt („Wie die juristische Person selbst durch den Wechsel ihrer Mitglieder keine Veränderung erduldet, so bleiben nicht minder ihre Organe dieselben, mögen zu deren Bildung auch immer wieder neue Rechtssubjecte an Stelle der alten beitragen“), fügt sich vortrefflich in den von mir entwickelten Begriff des Organes.

gibt er uns, indem er sagt: „Durch Rechtssätze wird aus natürlichem Willen staatlicher Wille gebildet. Die staatlichen Willen bildenden Menschen werden, insoweit sie dies thun, zu staatlichen Organen“ [1]. „Staatsorgane als solche sind . . . nicht Persönlichkeiten, sondern physische Individuen, welche innerhalb der ihnen zukommenden Competenz den Staat selbst darstellen“ [2]. Nach Jellinek's Auffassung steckt also in dem bei der Willensthätigkeit der juristischen Person intervenierenden menschlichen Individuum ein Doppeltes: Es ist einmal „physische Person, deren Wille zum Organwillen wird“ [3]. Es ist aber andererseits auch „nicht Persönlichkeit, sondern physisches Individuum, welches innerhalb der ihm zukommenden Competenz den Staat selbst darstellt“ [4]. Insofern das physische Individuum als Person (des Organträgers) in Betracht kommt, will es den „Individualwillen“ [5], insofern es als unpersönliches Organ in Betracht kommt, will es den „Organwillen“ [5], wozu sich dann als dritte Kategorie noch der Wille der juristischen Person selbst gesellt („Staatswille“ [5]). — Mir erscheint eine solche Spaltung des einen menschlichen Individuums in eine „Person“ und in eine „Nichtpersönlichkeit“, in ein Subject des „Individualwillens“ und in ein Subject des „Organwillens“ [6] nicht nur gekünstelt, sondern geradezu als Mysticismus. Das intervenierende menschliche Individuum tritt, wenn es handelnd auftritt, immer nur als Person, als Träger des „Individualwillens“, auf; die Thatsache, dass durch das Auftreten dieser Person gleichzeitig auch die betreffende juristische Person selbst handelnd auftritt, rechtfertigt es

[1] System d. subj. öff. Rechte, S. 212. Auch in der Allg. Staatslehre, S. 494, hält Jellinek diesen Standpunkt aufrecht.

[2] System d. subj. öff. Rechte, S 213.

[3] Jellinek a. a. O., S. 214.

[4] Jellinek a. a. O., S. 213.

[5] Jellinek a. a. O., S. 214.

[6] In ähnlicher Weise spricht auch Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 24 ff., von einer „Spaltung“ des menschlichen Willens, nur dass er die dadurch gewonnene Willenshälfte nicht als „Organwillen“, dessen Subject der betreffende Mensch als unpersönliches „Organ“ ist, auffasst, sondern dazu benützt, um aus all diesen Willenshälften der Verbandsgenossen den „Gemeinwillen“ zusammenzusetzen und so das Verbandswesen zu einem Subject natürlicher Willensthätigkeit zu machen. („Die Einzelwillen verschmelzen sich hier in Bezug auf den Theil ihrer selbst, den sie in die Vereinigung hineingeben, zu einer neuen Willenseinheit.“) Vgl. dazu unten S. 25[3].

meines Erachtens in keiner Weise, im betreffenden menschlichen Individuum eine Thätigkeit als Person von einer Thätigkeit als Nicht-Person zu unterscheiden[1]. Es ist ja richtig, dass das intervenierende menschliche Individuum, „soweit diese Beziehungen auf den Verband reichen, als Willenswerkzeug des Verbandes .... zu betrachten ist“[2]. Unrichtig ist meines Erachtens nur, das Individuum, soweit dessen „Beziehungen auf den Verband reichen“, als Nicht-Person, als „Verbandsorgan“[3] in dem Sinne aufzufassen, dass unter Organ etwas Unpersönliches zu verstehen ist. Vielmehr ist das Individuum, auch soweit dessen „Beziehungen auf den Verband reichen“, Person und heißt eben im Hinblick auf diese Beziehungen „Organträger“. Die Person des Organträgers also ist das „Willenswerkzeug des Verbandes“. Aus dem Gesagten dürfte wohl hervorgehen, dass es nicht angeht, außer dem „Individualwillen“ der Person des Organträgers und dem Willen der juristischen Person noch einen dritten Willen, nämlich den „Organwillen“ zu unterscheiden, wie es Jellinek thut[4].

Nun fragt es sich aber: Ist das alles auch wirklich nothwendig? Wäre es nicht viel einfacher, die Unterscheidung des physischen und des juristischen Willens ganz aufzugeben und lediglich den Begriff des physischen Willens als berechtigt anzuerkennen? Diese Frage muss unbedingt verneint werden. Denn erst die

---

[1] Welche Unterscheidung bei Jellinek namentlich auch in der „Allg. Staatslehre“, S. 513[1] hervortritt; vgl. auch a. a. O., S. 382[1]. Die Unklarheit über den Begriff des Organes, wenn man das Organ von der Person des Organträgers scheidet, ohne andererseits das Organ einfach als die abstracte Institution aufzufassen, wird auch von Geffcken nicht beseitigt, wenn derselbe a. a. O., S. 83, erklärt: „Nicht die physischen Organismen, nicht die Menschen, welche für die Zwecke der juristischen Person arbeiten, sind ... als solche deren Organe. Nur derjenige Ausschnitt (?) vielmehr ihres Organismus, welcher kraft positiven Rechts als Component oder auch als alleiniger Repräsentant des Willens der Gesammtperson angesehen wird, bildet einen organischen Theil dieser letzteren.“

[2] Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 494.

[3] Jellinek a. a. O.

[4] Auch O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1895—1896, II. S. 395[2], wendet sich mit Recht gegen die Spaltung in Individual- und Organwillen. Die Entgegnung Jellinek's, Allg. Staatslehre, S. 512[2], halte ich nicht für zutreffend. Mir erscheint die erwähnte Spaltung nicht nur im Sinne einer „chirurgischen“, sondern auch in dem Sinne einer „logischen Operation“ unhaltbar.

Kenntnis des einheitlichen Willens der juristischen Person **bringt** uns deren Existenz als einheitlichen Zweckträgers und **Rechts**subjectes zum Bewusstsein. Nicht die vielerlei Willen der **jeweiligen** Organträger, sondern der einheitliche Wille der juristischen **Person** selbst ist es, welcher die vielen ihr zugrunde liegenden Zwecke zu einer einheitlichen Zweckgruppe vereinigt und so die Einheit der betreffenden rechtlichen Persönlichkeit begründet[1].

Bernatzik allerdings glaubt, die Einheitlichkeit der Zweckgruppe trotz Vielheit der zur Zweckrealisierung berufenen Willenssubjecte durch den Hinweis auf die Einheit des Zweckträgers sicherstellen zu können. So sagt er z. B. im Hinblicke auf das Gemeinwesen: „Wir haben eine Vielheit von rechtlich relevanten Willen, aber eine Einheit des außerhalb des Verbandes liegenden Zweckes oder der Zwecke, welche durch jene Willen realisiert werden, vor uns; Zwecksubject bleibt das Gemeinwesen“[2]. Und in ähnlicher Weise glaubt er auch das Entstehen der „Idee der Staatspersönlichkeit“ lediglich mit dem Hinweis auf das Zweckmoment, auf die Einheitlichkeit des Zweckträgers, erklären zu können, indem er von dem „Überwiegen und Mächtigwerden der Anschauung“ spricht, „dass die Herrschaftsrechte des Monarchen nicht oder doch nicht bloß die eigenen Zwecke des letzteren zu erfüllen haben, sondern dass über diesen die Gesammtzwecke der Gemeinschaft stehen“[3]. Wodurch aber ist diese Einheitlichkeit des Zweckträgers im Sinne Bernatzik's gegeben? Doch nur durch die Einheitlichkeit des zur Realisierung dieser Zwecke berufenen Willens der juristischen Person! Dem Zwange dieser Thatsache vermag sogar Bernatzik nicht zu entgehen; sagt er doch selbst: „Eine Einheit der Zwecke entsteht zwar in concreto, aber nur a posteriori durch das rein zufällige Zusammentreffen so und so vieler anerkannter Zwecke in einer Willenseinheit,

---

[1] Siehe auch die treffende Bemerkung Jellinek's, System d. subj. öff. Rechte, S. 214[3].

[2] A. a. O., S. 231 f.

[3] A. a. O., S. 246. Ähnlich schon Gareis, Allgemeines Staatsrecht, 1883 (in v. Marquardsen's Handb. d. öff. R., 1. Aufl.), S. 29.

welche dieſelben zu verwirklichen berufen iſt“[1]. Daher darf es uns nicht wundern, wenn dieſer Schriftſteller ſeinen urſprünglichen Standpunkt, daſs die juriſtiſche Perſon willenslos ſei, und daſs bei Realiſierung ihrer Zwecke lediglich die verſchiedenen Willen der Organträger, alſo „fremde“ Willensſubjecte, in Betracht kämen, bald verläſst und die Exiſtenz eines einheitlichen Willens der juriſtiſchen Perſon ſelbſt eingeſteht. Am beſten läſst ſich dieſer Umſchwung, der ſich da bei Bernatzik vollzieht, überblicken, wenn wir das, was er S. 238 ſagt, mit dem vergleichen, was er S. 263 ſagt. S. 238: „Auch hier (sc. bei der juriſtiſchen Perſon) iſt, wie bei der Stellvertretung, der Zweck, der vom Willen realiſiert wird, ein dem Subject dieſes letzteren fremder.“ S. 263: „Wenn daher der das Intereſſe ſchützende Wille der des Gemeinweſens ſelbſt iſt, ſo iſt ein von dieſem verſchiedenes Rechtsſubject nicht vorhanden“[2]. So liefert uns Bernatzik ſelbſt den beſten Beweis, daſs zur Erkenntnis des Weſens der juriſtiſchen Perſon unumgänglich die Anerkennung derſelben als eines ſelbſtändigen Willensſubjectes nothwendig iſt. Andererſeits aber konnten wir zu dieſer Anerkennung nur durch die Unterſcheidung von phyſiſchem und juriſtiſchem Willen gelangen[3]. Daraus ergibt ſich die Wichtigkeit dieſer letzteren Unterſcheidung für die ganze Lehre von der juriſtiſchen Perſon.

---

[1] A. a. O., S. 270.

[2] Auch an anderen Stellen z. B. S. 204, 218, 250, 254, 264, 277, findet ſich die Anerkennung eines Willens der juriſtiſchen Perſon ſelbſt. Ähnliches gilt übrigens bereits von Dantſcher v. Kollesberg a. a. O.; als Anhänger der Fictionstheorie (ſ. oben S. 13[4]) faſst er auf der einen Seite die juriſtiſche Perſon als etwas Willensloſes auf und läſst ihre Organe für ſie handeln (1. Lief. S. 30, 42), an anderer Stelle aber kann er es ſich doch nicht verſagen, die juriſtiſche Perſon des Staates handelnd und wollend auftreten zu laſſen (z. B. 1. Lief. S. 82, 2. Lief. S. 43, 54 f.).

[3] Dies gegenüber jener Richtung in der Publiciſtik, welche, vertreten namentlich durch Gierke und Preuß, glauben machen will, daſs auch die „Geſammtperſonen“ eine natürliche Willensthätigkeit entfalten. (Vgl. auch oben S. 22[6].) Gegen dieſe Wiederbelebung der organiſchen Staatstheorie Laband, Staatsrecht, I. S. 85[1]. Ebenſo tritt Hänel a. a. O., I. S. 99, gegen jene Beſtrebungen auf. Inſoweit, aber auch nur inſoweit, kann ſeinen dortigen Ausführungen zugeſtimmt werden. Gleiches gilt von Rehm a. a. O.,

Wir sehen mithin, dass auch bei der juristischen Person der ihre Persönlichkeit begründende Wille der einheitliche Wille der juristischen Person selbst ist[1]. Von einem Auseinanderfallen von Zweckträger und Subject des die Persönlichkeit begründenden Willens kann also auch bei der juristischen Person keine Rede sein. Die Elemente ihrer Person sind demnach:

1. Ein Zweck,

2. der zur Realisierung dieses Zweckes berufene Wille der juristischen Person selbst.

Der Wille des Organträgers spielt nur eine secundäre Rolle. Er ist zur Realisierung der Zwecke der juristischen Person nur deshalb berufen, damit dadurch das Willenscentrum der juristischen Person selbst in Function komme und die Zweckrealisierung vornehme. Der Wille des Organträgers ist also nur Mittel zum Zweck: Nur deshalb weil, und so lange als der Wille der juristischen Person selbst zur Realisierung ihrer eigenen Zwecke berufen ist, ist auch der Wille des Organträgers zur Realisierung dieser Zwecke berufen. Nicht der secundär berufene Wille des Organträgers, sondern der primär berufene Wille der juristischen Person selbst begründet deren Persönlichkeit[2].

„Zweckträger sein" und „Subject des die Persönlichkeit des Zweckträgers begründenden, zur Realisierung der betreffenden Zwecke primär berufenen Willens sein" sind synonyme Ausdrücke,

---

S. 153 ff., und R. Schmidt a. a. O., I. S. 228 ff. — In neuerer Zeit wurde von Br. Schmidt a. a. O., S. 23 ff., dem Satze, dass der Staat Subject psychischer Willensphänomene sei, eine eigenartige Begründung gegeben. Vgl. zu diesem geistreichen, aber misslungenen Versuche die treffende Kritik Bierling's, Gesammtwille und Gesammthandlung (in der Festgabe der Greifswalder Juristenfacultät für E. J. Bekker, 1899), namentlich S. 9 ff.

[1] Dies kommt bei Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiscus, S. 13, zu richtigem Ausdruck. („Selbständiger juristisch relevanter Wille.")

[2] Wie auch bei der gesetzlichen Stellvertretung nicht der momentan gerade zur Realisierung berufene Wille des gesetzlichen Vertreters, sondern der principiell dazu berufene Wille des Vertretenen selbst die Persönlichkeit desselben begründet.

zwei verschiedene Betrachtungsweisen einer und derselben rechtlichen Thatsache[1].

Aber mit der Feststellung der negativen Thatsache, dass auch bei der juristischen Person ein Auseinanderfallen von Zweckträger und Willenssubject nicht stattfinde, ist das Resultat unserer Erörterungen über das Wesen der juristischen Person nicht erschöpft. Vielmehr finden wir, wie oben (S. 10) bei Besprechung der gesetzlichen Stellvertretung, so auch hier die seinerzeit (S. 4) gemachte Behauptung bestätigt, dass es vermöge der innigen Wechselbeziehungen zwischen Zweck und Wille[2] zum Wesen der rechtlichen Persönlichkeit gehört, dass Zweckträger und Subject des die betreffende Persönlichkeit begründenden Willens zusammenfallen.

§ 8. Resumé.

Wir kommen in unseren Erörterungen zu folgendem Resultate:

Die Elemente der rechtlichen Persönlichkeit sind stets:

1. Ein Zweck,

2. der zur Realisierung dieses Zweckes principiell (gesetzliche Stellvertretung), respective primär (juristische Person) berufene Wille des Zweckträgers selbst.

„Zweckträger, also Rechtssubject, sein" und „Subject des zur Realisierung von Zwecken principiell und primär berufenen, und daher die betreffende Persönlichkeit begründenden Willens sein" sind synonyme Ausdrücke für ein und dieselbe Eigenschaft[3]. Damit ist nicht nur gesagt, dass der Träger eines Zweckes, also das Rechtssubject, eo ipso auch Subject des principiell und primär berufenen, die betreffende Persönlichkeit begründenden

---

[1] Diese enge Wechselbeziehung zwischen Zweck und Wille wird von Hatschek a. a. O., S. 13, wo er die „Abzweigung einer juristischen Person von einer anderen" schildert, in treffender Weise dargestellt.

[2] Vgl. S. 9.

[3] Diese nothwendige Identität von Zweckträger, also Rechtssubject, und Subject des die betreffende Persönlichkeit begründenden Willens klingt

Willens ist, sondern auch umgekehrt, dass überall, wo ein Wille principiell und primär zur Realisierung eines Zweckes berufen ist, das Subject dieses Willens eo ipso auch Träger dieses Zweckes, also Subject des betreffenden Rechtes, ist.

Dieser letzteren Behauptung steht auch nicht die Existenz der von Bernatzik[1] so genannten Majoritäts- und Autoritätsverbände entgegen. Auch hier findet meines Erachtens die Realisierung der Zwecke jedes einzelnen der Genossen lediglich durch den Willen dieses Genossen selbst statt, so dass also auch hier der zur Realisierung berufene Wille der Wille des Zweckträgers selbst, nicht wie Bernatzik[2] glaubt, der Verbandswille ist. Denn soweit nicht die Thätigkeit des für seine eigenen Zwecke sorgenden Genossen, sondern der Wille des Verbandes in Betracht kommt, handelt es sich nicht um ein subjectives Recht des Genossen, also nicht um Realisierung der Zwecke desselben, sondern lediglich um die Verwirklichung von das subjective Recht des Genossen einschränkenden objectiven Rechtsnormen.

Erörtern wir das Gesagte zunächst an der Hand des sogenannten Majoritätsverbandes, wie uns derselbe in dem Gemeinschaftsverhältnisse des „Eigenthums zur gesammten Hand" entgegentritt! Der Inhalt des subjectiven Rechtes des Genossen besteht da in der Mitwirkung bei Dispositionen über die Sache, in dem Anspruch auf Antheil an deren Ertrag ꝛc. Dieses sein Recht, diese seine Zwecke realisiert der Genosse selbst. Es hat nicht, wie Bernatzik glaubt, eine Übertragung der Realisierung des Rechtes des Genossen an den Verband stattgefunden, sondern, soweit der Verbandswille in Frage kommt, hat eine Einschränkung des Rechtes des Genossen durch Normierung objectiven Rechtes stattgefunden, wie es auch am Sondereigenthum, z. B. im Interesse des nachbarlichen Zusammenlebens, objectiv-rechtliche Einschränkungen gibt. Nur ist das subjective Recht des Genossen im Gesammteigenthumsverbande ungleich inhaltsärmer als das subjective Recht „Sondereigenthum". — Dasselbe gilt von den Autoritätsverbänden. Soweit der Autoritätswille in Wirksamkeit tritt, werden nicht Zwecke der Genossen, sondern lediglich objective Rechtsnormen der Realisierung zugeführt.

---

auch aus den Ausführungen von Rosin in Hirth's Annalen 1883, S. 288 ff., heraus, wenn derselbe das Charakteristicum des Rechtssubjectes im „Für sich wollen dürfen" erblickt.

[1] A. a. O., S. 222—232.

[2] A. a. O., S. 220, 232.

Der Satz, daſs, wo ein Wille principiell und primär zur Realiſierung eines Zweckes berufen iſt, das Subject dieſes Willens zugleich Träger dieſes Zweckes, alſo Subject des betreffenden Rechtes, iſt, bildet den richtigen Kern des Willensdogmas. Das Geſagte gilt aber eben nur vom Subject des principiell und primär berufenen Willens, nicht von jedem „rechtlich relevanten Willen“ [1]; darin hinwiederum zeigt ſich der Einfluſs des Zweckmomentes.

In dieſer Weiſe glaube ich Willens- und Zweckmoment zu einander in eine nähere Beziehung gebracht zu haben, als dies Bernatzik thut, ohne aber dabei in jene Fehler zu verfallen, welche eine Überſpannung ſowohl des Willens-, als auch des Zweckdogmas mit ſich bringt. Bernatzik vermeint die Einheit der rechtlichen Perſönlichkeit bloß mit dem Hinweis auf die Einheitlichkeit des Zweckträgers erweiſen zu können [2]. Ich dagegen glaube nachgewieſen zu haben, daſs „Zweckträger, alſo Rechtsſubject, ſein“ und „Subject des zur Zweckrealiſierung principiell und primär berufenen, die betreffende Perſönlichkeit begründenden Willens ſein“ ſynonyme Ausdrücke ſind, und daſs daher die Einheit der rechtlichen Perſönlichkeit ſowohl durch die Einheitlichkeit des Zweckträgers, als auch durch die Einheitlichkeit des Subjectes des zur Zweckrealiſierung principiell und primär berufenen Willens begründet wird.

II. Über die juriſtiſche Natur des Staates.

§ 9. Allgemeines.

Die folgenden Erörterungen über die juriſtiſche Natur des Staates [3] ſollen die Frage beantworten, ob der Staat rechtliche

---

[1] Bernatzik a. a. O., S. 204.

[2] Vgl. oben S. 8 f., 24. Allerdings vermag ſelbſt Bernatzik dieſen ſeinen Standpunkt nicht für die Dauer aufrecht erhalten. Vgl. oben S. 24 f.

[3] Zu unterſcheiden von der hiſtoriſch-politiſchen Natur des Staates, wie ſie uns in neuerer Zeit vor allem von Gumplowicz in intereſſanten Studien vor Augen geführt wird. Vgl. namentlich „Der Raſſenkampf“, 1882, „Grundriſs der Sociologie“, 1885, Allgemeines Staatsrecht, 2. Aufl. 1897.

Persönlichkeit besitzt oder nicht, ob also die Elemente der rechtlichen Persönlichkeit im Staatsbegriffe enthalten sind oder nicht.

Diese Frage lässt sich, wie wir sehen werden, nicht für alle Staatsformen einheitlich behandeln, vielmehr muss da jede einzelne Staatsform einer Specialuntersuchung unterzogen werden.

Wir nun werden aus begreiflichen Gründen nicht sämmtliche Staatsformen in den Kreis unserer Erörterungen ziehen, sondern uns im Hinblick auf das Hauptthema auf die Betrachtung der absoluten und constitutionellen Monarchie beschränken. Wir können diese Einschränkung umso ruhiger vornehmen, als mit der Feststellung der juristischen Natur der constitutionellen Monarchie dieselbe Frage auch bezüglich des modernen Verfassungsstaates schlechthin als beantwortet erscheint, unter welch höheren Gattungsbegriff ja ohnehin die meisten wichtigeren Staatsformen der Gegenwart fallen.

§ 10. Die absolute Monarchie.

Hat dieselbe rechtliche Persönlichkeit? Haben wir es hier mit einer von der Person des Monarchen verschiedenen Person des Staates zu thun? Die Beantwortung dieser Frage setzt die Beantwortung der Vorfrage voraus, ob der absolute Monarch in Ausübung seiner Regierungsthätigkeit an gewisse rechtliche Schranken gebunden ist oder nicht. Nur dann, wenn der absolute Monarch Rechtspflichten zu beobachten hat, ist auch in der absoluten Monarchie die Persönlichkeit des Staates gegeben[1]. Dort, wo ein rechtlich völlig schrankenloser Monarch herrscht, kann unmöglich eine von der Person des Monarchen verschiedene Person des Staates angenommen werden, vielmehr hat für einen solchen Staat lediglich die patrimoniale Staatstheorie eine Berechtigung[2];

[1] Dass die rechtliche Pflicht des Monarchen die Voraussetzung für die Persönlichkeit des monarchischen Staates bildet, drückt Rosin in Hirth's Annalen 1898, S. 116, dadurch aus, dass er erklärt, dem Monarchen trete „in seinen Pflichten" der Staat „als heischende Persönlichkeit" gegenüber. Vgl. auch R. Schmidt, Allg. Staatslehre, I. S. 226.

[2] Der Satz der patrimonialen Staatstheorie, dass der Staat Eigenthum des Monarchen sei, ist ja nur ein anderer Ausdruck dafür,

erst seit der Existenz einer rechtlichen Pflicht des Monarchen kann von einem vom monarchischen Willen zu unterscheidenden selbständigen, zur Realisierung gewisser Zwecke principiell und primär berufenen Staatswillen[1] und — was ja nur die Kehrseite der ganzen Erscheinung ist[2] — von einer einheitlichen Gruppe von „Gesammtzwecken der Gemeinschaft" gesprochen werden, die „über den eigenen Zwecken des Monarchen stehen"[3].

Ob eine solche rechtlich völlig schrankenlose Herrschaft des absoluten Monarchen überhaupt möglich ist[4], ob umgekehrt

---

dass eine von der Person des Monarchen verschiedene Person des Staates nicht existiere.

[1] Über den Einfluss des Momentes der rechtlichen Pflicht auf die Bildung eines selbständigen Willens vgl. S. 14 f.

[2] Vgl. S. 27 f.

[3] Worte Bernatzik's a. a. O., S. 246. Vgl. hierzu das S. 24 f. über ihn Gesagte.

[4] Gareis, Allg. Staatsrecht, S. 28, z. B. verneint diese Frage. Vgl. auch die dort Citierten! Von älteren Schriftstellern nehmen diesen Standpunkt ein: Pütter, Beiträge zum deutschen Staatsrecht, I. S. 319 f.; v. Berg, Abhandlung zur Erläuterung der Rheinbundsacte, S. 63 f.; Ancillon, Über Souveränität und Staatsverfassungen, 2. Aufl. 1816, S. 13; H. A. Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 3. Aufl. 1865—1867, I. S. 50, 80; v. Mohl, Encyklopädie der Staatswissenschaften, 2. Aufl. 1872, S. 355. Auch Hänel, Studien zum deutschen Staatsrechte. II. 1888, S. 157, scheint diesen Standpunkt einzunehmen, während Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, S. 126, zweifelnd sagt: „Ja selbst die Rechte des Monarchen als des höchsten Organes des staatlichen Lebens sind zugleich dessen Pflichten — mindestens in nicht absoluten Monarchien." v. Seydel und Bornhak dagegen leugnen rundweg die Möglichkeit einer rechtlichen Schranke des absoluten Monarchen. Vgl. über dieselben S. 36[3]. Eine Mittelstellung nimmt Bernatzik a. a. O., S. 246 f., ein; derselbe gibt, indem er die „Idee der Staatspersönlichkeit" in der Monarchie nur „langsam und allmälig" entstehen lässt zu, dass in der absoluten Monarchie rechtliche Schrankenlosigkeit, aber auch rechtliche Gebundenheit des Monarchen möglich ist. Dasselbe gilt von Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 615 ff., 635, und R. Schmidt a. a. O., I. S. 226. Ähnlich auch schon v. Kirchenheim, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 1887, S. 185, wenn derselbe sagt, dass der Monarch „in früheren Zeiten ein Eigenthumsrecht am Staate" hatte.

von einer rechtlichen Verpflichtung des absoluten Monarchen überhaupt gesprochen werden kann, diese Frage zu beantworten, ist nicht die Aufgabe dieser einleitenden Erörterungen. Wir müssen daher die Beantwortung der Vorfrage, ob der absolute Monarch rechtlich beschränkt ist, unterlassen und uns damit begnügen, festgestellt zu haben, dass diese Vorfrage existiert, und dass es von ihrer Beantwortung abhängt, ob wir die absolute Monarchie als juristische Person anzusehen haben oder nicht. Es soll daher auch nicht unsere Aufgabe sein, zu untersuchen, ob in der Atmosphäre des aufgeklärten Absolutismus im 18. Jahrhundert wirklich eine rechtliche Gebundenheit des Monarchen bestanden hat. Sicher aber ist, dass das geflügelte Wort Friedrich des Großen: „Der König ist der erste Diener des Staates", oder wie wir es in der modernen juristischen Terminologie ausdrücken würden: „Der König ist das oberste Organ des Staates" [1], von der Idee der rechtlichen Gebundenheit des absoluten Monarchen ausgeht und somit nur consequent bleibt, wenn es den König als Staatsorgan auffasst [2].

So sehen wir, dass das Moment der rechtlichen Pflicht des absoluten Monarchen darüber entscheidet, ob wir bei Betrachtung der absoluten Monarchie uns der patrimonialen Staatsidee oder aber der Theorie von der Persönlichkeit des Staates anzuschließen haben. Es geht also nicht an, die patrimoniale Staatsidee a priori als eine heute längst überwundene theoretische Verirrung vergangener Zeiten anzusehen, sondern man muss, ehe man in der Sache ein Urtheil abgibt, sich über die Frage der rechtlichen Gebundenheit des absoluten Monarchen im klaren sein.

§ 11. Die constitutionelle Monarchie.

In der constitutionellen Monarchie (wie überhaupt im modernen Verfassungsstaate) liegt die Sache wesentlich anders.

[1] Vgl. G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 225[3].

[2] A. M. v. Seydel in Hirth's Annalen 1898, S. 492. Vgl. aber Dock, Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich d. Gr., 1897, S. 143 ff.; Rehm, Allg. Staatslehre, S. 231 f.; Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 617[2].

Hier hängt es nicht erst von der Beantwortung einer Vorfrage ab, ob man von einer juristischen Person des Staates zu sprechen hat oder nicht, sondern hier steht die Persönlichkeit des Staates schon von vorne herein fest: Es liegt schon a priori in der Natur der constitutionellen Monarchie, dass sie rechtliche Persönlichkeit besitzt[1]. Zum Beweise dessen werden wir feststellen, dass sich an dieser Staatsform beide Elemente der rechtlichen Persönlichkeit, wie wir sie oben (Abschnitt I) klargelegt haben, vorfinden.

1. Es gehört zum Wesen der constitutionellen Monarchie, dass dieser Staat seinen eigenen, selbständigen Willen hat, welcher principiell und primär zur Realisierung gewisser Zwecke berufen ist. Auf den ersten Blick zwar wird man angesichts der Thatsache, dass an dem Zustandekommen der sogenannten staatlichen Willensacte eine große Zahl menschlicher Individuen, und zwar in der mannigfaltigsten Art und Weise, mitwirkt, völlig stutzig werden und daran zweifeln, dass sich für diese verwirrende Fülle und Mannigfaltigkeit der Actionen ein einheitliches Centrum werde finden lassen, von welchem aus alle diese äußeren Ereignisse nach den Gesetzen freier Selbstbestimmung ihren Impuls empfangen. Wenn man aber näher zusieht, wird man gewahr, dass alle die betheiligten menschlichen Individuen genau von einander abgegrenzte Thätigkeitssphären haben, und dass diese verschiedenartigen Competenzen sich zu einem einheitlichen Ganzen zusammenfügen und ineinandergreifen wie die Räder einer Maschine. Das Wort „Staatsmaschine" ist nicht ohne Grund geprägt worden, nur muss man sich klar sein, dass bei der Maschine das Centrum, von welchem aus die Ereignisse ihren Impuls empfangen, nach den Gesetzen der Mechanik, beim Staate nach dem Gesetze der freien Selbstbestimmung, nämlich durch die gleichzeitige Willensthätigkeit der Organträger, in Function gesetzt wird.

Die Behauptung von dem harmonischen Zusammenwirken der staatlichen Organträger und der dadurch bewirkten Existenz eines einheitlichen Staatswillens scheint nun manchmal durch die

[1] Vgl. Bernatzik a. a. O., S. 247.

Praxis Lügen gestraft zu werden. Bekannt ist in dieser Hinsicht das Schulbeispiel von den zwei Richtern, die, zu gleicher Zeit, jeder über einen von zwei einander vollständig congruenten Strafsfällen, unter vollkommen gleichartigen Verhältnissen zu judicieren haben. Dieselben werden wohl kaum inhaltsgleiche Strafurtheile fällen, sondern in der Zumessung der Strafe doch wenigstens um ein Geringes von einander abweichen, so dass hier zwei einander widersprechende gleichzeitige Willensäußerungen des Staates vorliegen. Und Fälle solcher Art gibt es noch viele[1].

Allein alle diese Fälle vermögen die Thatsache nicht aus der Welt zu schaffen, dass dem Principe nach und in der Theorie diese Einheitlichkeit und Harmonie dennoch besteht. Und lediglich auf diese theoretisch vorhandene Harmonie kommt es an, wenn es sich um das Problem des einheitlichen Staatswillens handelt. Dass in der Praxis Reibungen vorkommen, ist nicht ein Beweis dafür, dass diese Einheitlichkeit und Harmonie überhaupt fehlt, sondern nur ein Beweis dafür, dass diese in der Theorie vorhandene Einheitlichkeit und Harmonie in der Praxis auf Schwierigkeiten stößt, die ihre Ursache in der Unvollkommenheit der intervenierenden menschlichen Individuen haben[2]. Um auf das erwähnte Beispiel von den zwei Richtern zurückzukommen: Man muss sich darüber klar sein, dass vermöge des Charakters der Strafbemessung als eines bloßen Ermessensactes bei jedem Straffall theoretisch nur ein einziges wirklich richtiges Urtheil möglich ist[3]. Der Theorie gemäß müssten also die beiden Urtheile, da sie sich ja auf zwei einander vollständig congruente Straffälle beziehen, inhaltlich mit einander vollkommen übereinstimmen. Und das genügt für den Beweis der Einheitlichkeit des Staatswillens. Denn damit ist das

---

[1] Vgl. diesbezüglich Bernatzik a. a. O., S. 205 ff.

[2] In diesem Sinne auch die trefflichen Bemerkungen von Jellinek, System d. subj. öff. Rechte, S. 214[3].

[3] A. M. z. B. Br. Schmidt, Der Staat, S. 103, und Br. Schmidt, Das Gewohnheitsrecht, 1899, S. 15 f., 16[1], was damit zusammenhängt, dass dieser Schriftsteller zwischen den Ermessensacten und den Acten der freien Entschließung keine scharfe Grenze zieht.

einheitliche Willenscentrum, von welchem die Staatshandlungen ausgehen, gegeben[1].

2. Dieser einheitliche und selbständige Wille nun ist principiell und primär zur Realisierung einer Reihe von Zwecken berufen, die sich eben dadurch zu einer einheitlichen Zweckgruppe zusammenschließen, als deren Träger das Subject jenes Willens erscheint.

Die Existenz der juristischen Person des constitutionell-monarchischen Staates erscheint hiermit erwiesen.

§ 12. Die Seydel-Bornhak'sche Theorie.

Die Lehre von der rechtlichen Persönlichkeit des constitutionell-monarchischen Staates ist nicht ohne Gegnerschaft geblieben, wenn auch die Mehrzahl der publicistischen Autoren sich zu ihr bekennt. Es gibt noch heute eine Richtung, welche die Persönlichkeit der constitutionellen (und noch mehr natürlich der absoluten) Monarchie leugnet und nur die Person des „Herrschers", des Monarchen, anerkennt.

Vertreter dieser Richtung sind namentlich v. Seydel und Bornhak[2]. Nur unterscheiden sich die Auffassungen dieser beiden von einander darin, was sie gegenüber der alleinigen Person des Monarchen als Staat bezeichnen. v. Seydel erklärt das Object der Herrschaft des Monarchen als den Staat. „Der Staat ist die unter einem höchsten Willen, dem des Herrschers, vereinigte Gesammtheit der Menschen eines Landes. Herrscher und Staat sind von einander geschieden wie Subject und Object. Am klarsten tritt diese Unterscheidung in der Monarchie zu Tage. Der Monarch ist kein ‚Organ' des Staates, er steht als Herrscher, als Souverän, über ihm"[3]. Bornhak dagegen nennt den Staat das Subject

[1] Dies übersieht Rehm a. a. O., S. 155, und infolge dessen erblickt er in dem eben erörterten Beispiele von den zwei Richtern einen Beweis dafür, dass von einem „realen Willen" des Staates nicht gesprochen werden kann.

[2] Über die übrige einschlägige Litteratur vgl. G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 12[8].

[3] Bayr. Staatsrecht, I. S. 352. In dem gleichen Sinne derselbe Verfasser bereits in „Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre", 1873,

der Herrschaft. Herrscher, Monarch, Staat sind ihm für die Monarchie synonyme Ausdrücke. „Staat und Herrscher sind identische Begriffe. Den einzig richtigen Ausdruck hat Ludwig XIV. diesem monarchischen Principe gegeben, in seinem vielverkannten Ausspruche: ‚L'état, c'est moi'“[1].

Ob man nun den Staat mit v. Seydel als das Object oder mit Bornhak als das Subject der Herrschaft bezeichnen soll, ist füglich nur ein Wortstreit, dessen Lösung dem subjectiven Geschmacke jedes einzelnen überlassen bleiben muss. In dem Wesen der Sache stimmen beide Autoren mit einander doch überein: Beide verwerfen die Existenz einer von der Person des Monarchen verschiedenen Person des Staates[2].

Die Theorie v. Seydel's und Bornhak's hat für die absolute Monarchie volle Berechtigung, sofern es richtig ist, dass der absolute Monarch rechtlich völlig schrankenlos ist[3];

S. 4, 7 f. u. a. Vgl. ferner v. Seydel in Hirth's Annalen 1876, S. 641 ff.; 1898, S. 325.

[1] Preußisches Staatsrecht, 1888—1890, I. S. 65. Vgl. auch S. 66 und 128; ferner desselben Schriftstellers Allgemeine Staatslehre, 1896, S. 13.

[2] Die Seydel—Bornhak'sche Theorie führt in ihrer letzten Consequenz zu dem Standpunkte der patrimonialen Staatsauffassung, wonach Land und Leute im Eigenthum des Fürsten stehen. (Vgl. auch Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 147.) v. Seydel allerdings glaubt dieser Consequenz dadurch zu entgehen, dass er (Staatsrecht, I. S. 353) sagt, die Gewalt des Fürsten sei „keine egoistisch bestimmte, kein privatrechtliches Eigenthum, sondern eine öffentliche, eine Staatsgewalt“. Aber diese Unterscheidung zwischen „egoistisch bestimmter“ und „öffentlicher“ Gewalt hat nur dann überhaupt einen Sinn, wenn durch das Wort „öffentlich“ die Rechtsverpflichtung des Monarchen zur Befriedigung solcher Interessen zum Ausdruck kommen soll, die von den „egoistischen“ Interessen des Monarchen verschieden sind, mit anderen Worten, wenn beim Monarchen jene Handlungen, bei welchen er als staatlicher Organträger thätig ist, zu unterscheiden sind von den Handlungen, die er als Privatmann vollbringt.

[3] Vgl. oben S. 30 ff. Und thatsächlich leugnen v. Seydel und Bornhak für die absolute Monarchie die rechtliche Gebundenheit des Monarchen. Vgl. v. Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, S. 8; Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 65. Dabei darf aber nicht verschwiegen werden, dass, wie Bernatzik und Rehm (s. unten S. 39[1]) nach-

für die constitutionelle Monarchie ist sie von vorne herein unhaltbar[1].

Der große innere Mangel, an dem diese lediglich auf den rechtlich völlig schrankenlosen Absolutismus zugeschnittene Theorie leidet, wenn man sie in die constitutionelle Monarchie hinüberzuverpflanzen versucht, ist der, dass diese Theorie mit einer rechtlichen Gebundenheit des constitutionellen Monarchen unvereinbar ist[2]; denn wenn der Wille des Monarchen an rechtliche Normen gebunden ist, dann existiert eben ein vom Willen des Monarchen zu unterscheidender höherer Wille, der Staatswille, und ein vom Zwecke des Monarchen verschiedener höherer Zweck, der Staatszweck. Die Seydel—Bornhak'sche Theorie würde also in ihrer Consequenz dahin führen, ein rechtliches Gebundensein des constitutionellen Monarchen an die Verfassung zu leugnen und den Verfassungsbruch als vollkommen legale Handlung hinzustellen. Andererseits aber liegt die rechtliche Gebundenheit des constitutionellen Monarchen denn doch sonnenklar zu Tage.

Es ist daher begreiflich, wenn v. Seydel und Bornhak aus dieser Sackgasse, in die sie mit ihrer Theorie gelangen, herauszukommen trachten und nach einem Ausweg suchen, auf welchem sie einerseits bei ihrer Theorie von der alleinigen Persönlichkeit auch des constitutionellen Monarchen bleiben, andererseits aber doch zugleich auch der Existenz der rechtlichen Gebundenheit des Monarchen an die Verfassung den wissenschaftlichen Tribut zollen können. Sie glauben diesen Ausweg gefunden zu haben, indem sie zwischen dem vom Monarchen geschaffenen und zwischen solchem Rechte unterscheiden, welches vom Monarchen nicht geschaffen ist. An Rechtsnormen, die nicht vom Monarchen selbst gegeben sind, könne nach ihrer Ansicht der Monarch nicht gebunden sein, weil

---

weisen, speciell bei v. Seydel sich Stellen finden, aus welchen hervorgeht, dass dieser Schriftsteller eine rechtliche Gebundenheit des Monarchen schlechthin, also auch des absoluten Monarchen, als vorhanden anerkennt.

[1] Vgl. neuestens R. Schmidt, Allg. Staatslehre, I. S. 223 ff.

[2] Vgl. Jellinek im Arch. f. öff. R. II., S. 337; Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 147.

sonst die Existenz eines höheren, über dem Monarchen stehenden Willens gegeben wäre. Dagegen räumen sie die Möglichkeit einer rechtlichen Gebundenheit des Monarchen an die von ihm selbst erlassenen Rechtsnormen, wie es ja in erster Linie die Verfassungsnormen sind, ein, und glauben, dies mit der Theorie von der alleinigen Persönlichkeit auch des constitutionellen Monarchen dadurch in Einklang bringen zu können, dass sie sagen: Die Existenz von selbst geschaffenen, also durch Selbstbeschränkung entstandenen Rechtsnormen bringt die Existenz eines höheren, über dem Monarchen stehenden (Staats-)Willens nicht mit sich; denn die Normen, an die er gebunden ist, sind sein ureigenster Wille; er selbst hat sich gebunden, und es herrscht daher auch in der constitutionellen Monarchie einzig und allein der Wille des Monarchen[1].

Nun ist vor allem nachgewiesen worden, dass speciell v. Seydel zuweilen auch dort eine rechtliche Gebundenheit des Monarchen annimmt, wo es auf der Hand liegt, dass die be-

---

[1] Vgl. diesbezüglich v. Seydel, Staatsrecht, I. S. 353 f.: „Mit dem Begriffe des Staatsorganes, wie man ihn sonst wohl anwendet, verbindet sich der Gedanke an irgend ein Werkzeug eines höheren Staatswillens, das von letzterem seine Befugnisse herschreibt und den Umkreis und die Art seiner Wirksamkeit zugewiesen erhält. Dies ist aber nicht das Wesen unseres Königthums. Dasselbe leitet seine Gewalt aus keiner Rechtsquelle, insbesondere aus keiner Übertragung durch das „Volk" oder den „Staat" ab. Es herrscht aus eigener Macht .... Die königliche Gewalt besteht nicht kraft der Verfassungsurkunde, sondern die Verfassungsurkunde kraft der königlichen Gewalt. Die Verfassungsurkunde ist eine vom König gegebene .... Auch das constitutionelle Königthum, das an die Mitwirkung der Volksvertretung und an die Einhaltung der unter dieser Mitwirkung erlassenen Gesetze sich gebunden hat, ist wahres Königthum." Ebenso spricht er a. a. O., II. S. 5, von der „vom Könige ausgehenden Rechtsordnung"; vgl. auch III. S. 548, 572; ferner v. Seydel, Das Staatsrecht des Königreichs Bayern, 1894 (in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl.), S. 18 f.; v. Seydel in Hirth's Annalen 1898, S. 753. Noch deutlicher in diesem Sinne ist Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 61 f., 129 ff.; Bornhak, Allg. Staatslehre, S. 37 f.

treffende Rechtsnorm nicht vom Monarchen gegeben worden ist[1], so dass schon aus diesem Grunde die erwähnte Argumentation v. Seydel's und Bornhak's nicht zutreffend sein kann.

Aber selbst wenn wir davon absehen und annehmen, dass wirklich alle Rechtsnormen, an die der Monarch gebunden ist, von diesem herrühren, wäre es dennoch falsch, daraus den Schluss zu ziehen, dass ein über dem Willen des Monarchen stehender höherer Staatswille nicht existiere und demnach die Existenz einer von der Person des Monarchen verschiedenen Person des Staates geleugnet werden müsse. Die erwähnte Argumentation v. Seydel's und Bornhak's leidet nämlich an einem Trugschluss, der durch ein kleines Wortspiel veranlasst ist: Der Inhalt der vom Monarchen gegebenen und ihn nunmehr bindenden Rechtsnormen war allerdings sein ureigenster Wille in dem Momente, als die betreffenden Rechtsnormen von ihm erlassen wurden; aber sie sind nicht mehr sein Wille oder brauchen es wenigstens nicht mehr zu sein, d. h. sie bestehen auch dann fort, wenn der Monarch inzwischen seinen Willen geändert haben sollte; er kann sie also nicht mehr einseitig abändern oder aufheben[2]. Nur dieses gegenwärtige,

---

[1] Bernatzik a. a. O., S. 252 Anm. 231, und Rehm a. a. O., S. 158 f.

[2] Bornhak allerdings ist anderer Ansicht. Er glaubt, dass die Änderung der Rechtsnormen auch nach wie vor der einseitigen Abänderung durch den Monarchen unterliegen, wenn auch nur mit folgender Einschränkung: „Indem der König durch die von ihm erlassene Verfassungsurkunde die Formen seiner Willenserklärungen als Staatspersönlichkeit feststellt, bestimmt er, dass nicht in diesen Formen abgegebene Willenserklärungen gar nicht seinen Willen als Staatspersönlichkeit darstellen. Jede verfassungswidrige Handlung des Königs ist nicht Handlung des Königs als staatsrechtlicher Persönlichkeit, sondern als Privatmann." (Preuß. St.-R., I. S. 131; vgl. auch S. 134, 137 f.) Immer also ist es nach Bornhak der Wille des Königs, welcher herrscht, freilich nur des Königs „als Staatspersönlichkeit". Bornhak bedenkt nicht, dass er durch dieses Auseinanderhalten des Monarchen „als Staatspersönlichkeit" vom Monarchen „als Privatmann" bereits die Existenz der rechtlichen Persönlichkeit des Staates und die Eigenschaft des Monarchen, staatlicher Organträger zu sein, anerkannt hat.

und nicht das historische Verhältnis des Willens des Monarchen zur Rechtsnorm im Momente der Erlassung derselben, ist für die Beantwortung der Frage maßgebend, ob der Wille des Monarchen gegenwärtig einen höheren Willen, den Staatswillen, über sich hat oder nicht. v. Seydel und Bornhak verwechseln den historischen Ursprung einer Rechtslage mit dieser Rechtslage selbst[1].

Die Gebundenheit des Monarchen an Rechtsnormen, gleichgültig ob sie von ihm selbst geschaffen sind oder nicht, beweist die Existenz eines über ihm stehenden höheren Willens. Selbst dann also, wenn man mit v. Seydel und Bornhak annimmt, dass der Monarch bis zum Zeitpunkt der Einführung einer Verfassung rechtlich schrankenlos war, hat er doch wenigstens von diesem Zeitpunkte an einen höheren Willen, den Staatswillen, über sich: Durch die Schaffung des Verfassungsgesetzes hat er, die Annahme seiner bisherigen rechtlichen Schrankenlosigkeit natürlich noch immer vorausgesetzt, die von seiner eigenen Person zu unterscheidende Person des Staates geschaffen[2].

[1] Die Nothwendigkeit, diese beiden Dinge scharf auseinanderzuhalten, betont in verdienstvollster Weise bereits Rosin in Hirth's Annalen 1883, S. 299.

[2] Damit widerlegt sich auch der Einwand, den Bornhak a. a. O., I. S. 66, gegen die Annahme der Persönlichkeit des Staates erhebt, indem er sagt: „Da nur der Staat das Recht der Persönlichkeit mit privatrechtlicher und staatsrechtlicher Wirkung an Vereinigungen natürlicher Personen verleihen kann, so setzt die Annahme einer vom Herrscher verschiedenen Staatspersönlichkeit voraus, dass der Staat bereits vor seiner Existenz Rechtshandlungen vorgenommen hat. Diese Theorie erinnert an das Kunststück des Freiherrn von Münchhausen, der sich sammt seinem Pferde an seinem eigenen Schopfe aus dem Sumpfe zog." Staat ist ja vor Erlassung des Verfassungsgesetzes der Monarch, sofern man nämlich mit Bornhak den absoluten Monarchen als rechtlich schrankenlos annimmt. Und nun hat eben der absolute Monarch, d. i. also der Staat, durch den Erlass des Verfassungsgesetzes „das Recht der Persönlichkeit mit privatrechtlicher und staatsrechtlicher Wirkung an eine Vereinigung natürlicher Personen verliehen", d. h. er hat eine von seiner eigenen Person zu unterscheidende Person des Staates geschaffen. Der Schopf Münchhausen's kommt also hier in Wahrheit gar nicht dazu, auf seine Tragfähigkeit geprüft zu werden!

Damit wäre die Unhaltbarkeit der ganzen Argumentation v. Seydel's und Bornhak's und die Unmöglichkeit, die angeblich alleinige Persönlichkeit des Monarchen und dessen Gebundenheit an Rechtsnormen mit einander in Einklang zu bringen, eigentlich erwiesen. Allein es kommt noch schöner! Bisher haben wir stets vorausgesetzt, dass der an die Rechtsnorm gebundene Monarch dieselbe in eigener Person geschaffen, also eine Selbstbeschränkung vorgenommen habe. Da konnten v. Seydel und Bornhak wenigstens noch sagen, dass der Monarch nur an seinen eigenen Willen, nicht an einen höheren, den Staatswillen, gebunden sei (wenn auch, wie wir gesehen haben, eine solche Deduction die Existenz der juristischen Person des Staates nicht aus der Welt zu schaffen vermag). Wie steht es nun aber mit jenen, wohl die Regel bildenden Fällen, in welchen die Rechtsnorm nicht von dem gegenwärtig an sie gebundenen Monarchen, sondern von einem seiner Vorgänger geschaffen wurde?

Über diese Schwierigkeit sucht sich nun v. Seydel dadurch hinwegzuhelfen, dass er den Satz aufstellt: „Der Herrscher ist trotz des Wechsels in der Persönlichkeit des Throninhabers staatsrechtlich dasselbe Rechtssubject“ [1]. Mit Recht deutet Rehm [2] an, dass in dieser Auffassung v. Seydel's geradezu die Anerkennung einer von der Person des Monarchen verschiedenen

---

[1] In Hirth's Annalen 1899, S. 252. Mit anderen Worten hat v. Seydel diesem Gedanken bereits im Staatsrecht, I. S. 388, Ausdruck gegeben mit den Worten: „Zwischen den einander ablösenden Persönlichkeiten der Herrscher findet nur eine zeitliche Folge statt; der König als Institution aber ist unsterblich.“ Und ebendasselbe Auseinanderhalten zweier Persönlichkeiten finden wir auch in dem, dass v. Seydel a. a. O., I. S. 354, den König einerseits als „Subject des Staatsvermögens“ und andererseits als „Subject seines eigenen (sic!) Privatvermögens“ bezeichnet.

Auch Bornhak a. a. O., I. S. 131, erklärt: „Der Nachfolger ist staatsrechtlich keine andere Person als sein Vorgänger.“ Vgl. auch I. S. 137 und desselben Verfassers Allg. Staatslehre, S. 13 f., 39.

[2] A. a. O., S. 157 f. In demselben Sinne auch neuestens Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 131.

Person des Staates gelegen sei. Indem v. Seydel die „Person des Throninhabers" von dem „Herrscher", welcher „staatsrechtlich stets dasselbe Rechtssubject" bleibt, unterscheidet, gibt er selbst zu, dass eine von der Person des jeweiligen Monarchen verschiedene juristische Person existiert. Ob man dieselbe nun mit v. Seydel „Herrscher" oder nach der sonst üblichen Terminologie „Staat" nennen will, bleibe dem individuellen Geschmacke jedes Einzelnen überlassen[1].

Jetzt verstehen wir es auch, wieso v. Seydel den Landtag ein „Staatsorgan"[2] nennen kann, und wieso er an einer anderen Stelle[3] den Ausspruch thun kann: „In der Form der Mitwirkung bewegt sich der Landtag da, wo ein staatlicher Willensact des Königs rechtlich nicht vorhanden ist, wenn nicht ein Willensact des Landtages von gleichem Inhalte hinzukommt."

Die Ausführungen v. Seydel's und Bornhak's über die rechtliche Natur des Staates sind trotz ihrer Unhaltbarkeit dennoch für die Erfassung dieses Problems unendlich wertvoll. Denn sie zeigen, dass selbst diejenigen, welche sich in jeder Weise dagegen sträuben, als Anhänger der Theorie von der Persönlichkeit des Staates angesehen zu werden, schließlich und endlich nach mannigfachen Irrfahrten doch im Hafen der Persönlichkeitstheorie landen[4].

---

[1] Das Gesagte gilt natürlich auch von Bornhak.

[2] Staatsrecht, II. S. 7. Vgl. hierüber die Bemerkungen Jellinek's im Arch. f öff. R. II., S. 340. Auch Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 65, spricht von der „Mitwirkung bestimmter Organe" bei der Ausübung einzelner Hoheitsrechte durch den König und nennt (a. a. O., I. S. 362) den Landtag ein „Organ des Staates". Vgl. hierher auch das oben (S. 39[2]) über Bornhak Gesagte.

[3] A. a. O., II. S. 11.

[4] Dem gegenüber nimmt es sich mehr als sonderbar aus, wenn Bornhak, wenigstens hinsichtlich Preußens, der Persönlichkeitstheorie dadurch den entscheidenden Schlag versetzt zu haben glaubt, dass er, Preuß. St.-R., I. S. 128, sich auf — die Formulierung des § 1 preuß. A. L. R. II. 13 beruft, wonach sich alle Rechte und Pflichten des Staates gegen seine Bürger und Schutzverwandten in dem Oberhaupte desselben vereinigen. „Alle Rechte des Staates," sagt Bornhak, „sind also Rechte des Königs, alle Pflichten des Staates Pflichten des Königs. Dass der

I. Abschnitt.

Fixierung des Problems und seine Lösung durch die herrschende Lehre.

§ 13. Das Problem.

In den folgenden Betrachtungen soll einer der vielen Wege in Erörterung gezogen werden, auf denen in der deutschrechtlichen constitutionellen Monarchie[1] staatliche Willensäußerungen zustande kommen können: Der Weg der Gesetzgebung.

Bevor wir aber das Problem formulieren, welches sich bei dieser Betrachtung uns in den Weg stellt, müssen wir uns noch darüber Rechenschaft geben, ob es methodisch überhaupt zulässig ist, einen Gattungsbegriff „Weg der Gesetzgebung in der deutschrechtlichen constitutionellen Monarchie" aufzustellen und von den vielen positiven Detailbestimmungen zu abstrahieren, in welchen die Verfassungen Österreichs und der constitutionell-monarchischen Einzelstaaten des Deutschen Reiches gerade bezüglich der Regelung des Gesetzgebungsverfahrens von einander abweichen. Die Antwort

---

König Träger der Staatsrechte und -pflichten für eine von ihm verschiedene Staatspersönlichkeit wäre, ist nicht gesagt. Es kann hier davon abgesehen werden, wo diese besondere Staatspersönlichkeit zu suchen wäre, und ob eine solche überhaupt logisch denkbar ist. Jedenfalls nimmt das positive preußische Staatsrecht eine solche nicht an." (!)

[1] Nicht in Betracht kommen hier und in den folgenden Ausführungen die beiden Großherzogthümer Mecklenburg, in denen noch heute feudalständische Zustände herrschen. Vgl. statt aller G. Meyer, Lehrb. d. d St.-R., S. 137 f. u. 138 Anm. 24.

hierauf fällt bejahend aus. Es existiert für den erwähnten Gattungsbegriff thatsächlich ein Substrat. Dasselbe wird gebildet einerseits durch die Thatsache, dass alle genannten monarchischen Staaten eine in den großen Zügen gleichmäßige historische Entwicklung genommen haben, die vielleicht am besten und kürzesten charakterisiert wird durch das Schlagwort von der bestehenden Rechtscontinuität zwischen Constitutionalismus und Absolutismus, andererseits dadurch, dass in allen diesen Staaten zum Zustandekommen eines formellen Gesetzes heute ausnahmslos die Annahmebeschlüsse der parlamentarischen Collegien [1], und die unter Einhaltung bestimmter Formalitäten abzugebende Willenserklärung des Monarchen (Sanction) erforderlich sind.

Dieses Substrat des Gattungsbegriffes „Weg der Gesetzgebung in der deutschrechtlichen constitutionellen Monarchie" genügt für unsere folgenden Untersuchungen vollständig.

Das Problem, welchem dieselben gewidmet sind, ist folgendes: Jedes formelle Gesetz ist ein Act staatlicher Willensäußerung. Da aber der Staat lediglich ein juristisches Willenscentrum darstellt, ist es nothwendig, dass ein Organträger, respective ein Collegium von Organträgern, intervenieren: Der Organträger, respective das Collegium von Organträgern, erklärt seinen Willen und eben dadurch erklärt gleichzeitig die Person des Staates ihren Willen [2]. Man drückt dies auch so aus, dass man sagt: „Der betreffende Organträger, respective das betreffende Collegium von Organträgern, erzeugt den staatlichen Gesetzeswillen" [3]. Es ergibt sich nun die

[1] Beziehungsweise in manchen Staaten (Königl. Sächs. Verf. § 131, in der ihm durch das Ges. vom 15. Nov. 1848 Nr. 29 G. B. gegebenen Formulierung; Württ. Verf. § 181 Z. 3; Bad. Verf. § 61; Hess. Verf. Art. 67, 75) unter gewissen Voraussetzungen der durch Durchzählung der Stimmen, respective gemeinschaftliche Abstimmung zustandegekommene Annahmebeschluss der zu einer Einheit zusammengefassten Kammern, oder ausnahmsweise (Württ. Verf. § 161; Hess. Verf. Art. 94) der Annahmebeschluss bloß einer der beiden Kammern.

[2] Vgl. über diese parallele Willensthätigkeit von Organträger (respective Collegium von Organträgern) und juristischer Person S. 16 f.

[3] Über die Bedeutung dieses Wortes „Erzeugen" siehe S. 17[1].

wichtige Frage, wer in Österreich und in den constitutionellen Monarchien des deutschen Reiches den staatlichen Gesetzeswillen erzeugt: Der Monarch allein, oder Parlament und Monarch gemeinsam? Ist die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung eine andere als die rechtliche Stellung des Monarchen, oder ist der Annahmebeschluss des Parlamentes, respective sind die Annahmebeschlüsse beider Kammern des Parlamentes, und die sogenannte Sanction des Monarchen Acte von vollständig gleichem juristischem Gehalte? Ist also der Monarch allein der Gesetzgeber, oder nehmen Parlament und Monarch den Gesetzgebungsact gemeinsam vor[1]? Mit dieser Frage erscheint das Problem fixiert.

§ 14. Stellung der herrschenden Lehre zum Problem.

Es wird wohl niemand daran zweifeln, dass eine richtige Beantwortung dieser Frage für die Erfassung des in Österreich und in den constitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches geltenden Staatsrechtes[2] von großer Bedeutung ist. Wir finden daher diese Frage auch bei den meisten[3] Darstellern des deutsch-constitutionellen Staatsrechtes in mehr oder weniger eingehender Weise discutiert[4].

Da existiert zunächst eine Theorie, welche die ganze Frage mit dem Hinweis auf die scholastische Unterscheidung von ius und exercitium iuris abthun zu können glaubt, indem sie sagt, quoad

---

[1] Dieselbe Frage existiert in der deutschen Reichsgesetzgebung bezüglich Reichstag und Bundesrath.

[2] Respective des deutschen Reichsstaatsrechtes.

[3] Ausnahmsweise fehlt bei Schmalz, Das deutsche Staatsrecht, 1825, und v. Kaltenborn, Einleitung in das constitutionelle Verfassungsrecht, 1863, eine entschiedene Stellungnahme zu der Frage.

[4] Schon im h. römischen Reich deutscher Nation untersuchte man die Frage, ob der Kaiser allein oder gemeinsam mit den Reichsständen die Gesetze gebe. Vgl. Dock, Der Souveränitätsbegriff, S. 72 ff.

ius stehe die Gesetzgebung dem Monarchen allein, quoad exercitium iuris dem Monarchen und Parlamente gemeinsam zu. Ich nenne diese Theorie die Theorie der Trennung von Innehabung und Ausübung des Gesetzgebungsrechtes. Dieselbe geht, wie man auf den ersten Blick sieht, eigentlich auf die von uns aufgeworfene Frage, wer die Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens vornehme, nicht ein. Sie kommt daher für unsere Erörterungen nicht direct in Betracht. Andererseits steht sie aber zu der erwähnten Frage doch wieder insofern in Beziehung, als auch sie die Frage beantwortet, ob Parlament und Monarch in der Gesetzgebung eine gleichartige oder ungleichartige rechtliche Stellung einnehmen, nur dass sie die Beantwortung dieser Frage nicht davon abhängig macht, ob Parlament und Monarch gemeinsam oder der Monarch allein den staatlichen Gesetzeswillen erzeugen, sondern eben davon, dass in der deutsch-constitutionellen Monarchie[1] eine Trennung von Innehabung und Ausübung des Gesetzgebungsrechtes stattgefunden habe. Wir werden uns mit dieser Theorie, von welcher wir schon jetzt sagen können, dass sie nur einer oberflächlichen Betrachtung der Sachlage entspringen kann und wissenschaftlich unhaltbar ist, im Anhang II auseinanderzusetzen haben.

Wie aber nun wird in der Litteratur die Frage beantwortet, wer in der deutsch-constitutionellen Monarchie die Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens vornehme? Mit seltener, von nur vereinzelten Ausnahmen begleiteter Einmüthigkeit stellt sich die Litteratur auf den Standpunkt, dass die Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens ausschließlich Sache des Monarchen sei und daher dem Parlamente in der Gesetzgebung gegenüber dem Monarchen eine nur ganz untergeordnete Rolle zukomme; einzig und allein in dem Sanctionsacte des Monarchen gelange der staatliche Gesetzeswille zum Ausdrucke, das Parlament trete dieser ausschließlich dem Monarchen zustehenden Gewalt nur als beschränkendes Element entgegen: Es

[1] Welcher Ausdruck eine Abkürzung der Bezeichnung „deutschrechtliche constitutionelle Monarchie" darstellt und in dieser Bedeutung künftighin Verwendung finden wird.

müsse sich zwar, auf dass ein Gesetz zustandekomme, damit einverstanden erklären, dass der betreffende Gesetzentwurf zum Gesetz erhoben werde, aber den rechtlichen Act dieser Erhebung des Entwurfes zum Gesetze selbst nehme ausschließlich der Monarch vor. „Er (sc. der Fürst) allein kann wollen, aber er kann nicht . . Alles wollen“ [1]. Nur bei einer solchen Auffassung der juristischen Sachlage werde dem in Art. 57 der Wiener Schlussacte (Bundesbeschluss vom 15. Mai 1820) ausgesprochenen und seither dem Staatsrechte sämmtlicher monarchischer Glieder des ehemaligen deutschen Bundes zugrunde liegenden „monarchischen Principe“ gebürend Rechnung getragen [2].

Damit ist aber der Standpunkt der herrschenden Lehre noch nicht vollständig gekennzeichnet. Es findet nämlich unter den Anhängern des Satzes, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, noch eine weitere Differenzierung statt, je nachdem dieselben auf dem sogenannten Vereinbarungsstandpunkte stehen oder nicht.

Der Vereinbarungsstandpunkt ist jene Richtung in der Litteratur des deutsch-constitutionellen Staatsrechtes, welche annimmt, dass bei jedem Gesetzgebungsacte eine Vereinbarung zwischen Parlament und Monarch über das zu erlassende Gesetz stattfinde. Darnach würde also das Parlament in der Gesetzgebung eine positive, schaffende Thätigkeit entfalten.

Diesen Standpunkt müssen vor allem diejenigen einnehmen, welche die Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens von Parlament und Monarch gemeinsam vornehmen lassen [3].

---

[1] Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 212.

[2] Wortlaut des Art. 57 l. c.: „Da der Deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souveränen Fürsten besteht, so muss, dem hierdurch gegebenen Grundbegriffe zufolge, die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staates vereinigt bleiben, und der Souverän kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden.“ Ähnliche Sätze finden sich übrigens auch in zahlreichen Verfassungsurkunden der Bundesglieder, und zwar sowohl aus der Zeit vor, als auch aus der Zeit nach 1820. Vgl. hierzu G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 226[7].

[3] Denn dieselben sprechen ja den genannten Factoren eine einander vollkommen gleichartige Thätigkeit in der Gesetzgebung zu und

Aber auch von denjenigen Schriftstellern, welche die Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens dem Monarchen allein zusprechen, steht die überwiegende Mehrzahl auf dem Vereinbarungsstandpunkte. Nur gering ist die Zahl derer, welche behaupten, dass in der Gesetzgebung eine Vereinbarung zwischen Parlament und Monarch nicht stattfinde, sondern dass die positive, schaffende Thätigkeit dem Monarchen allein zukomme und das Parlament bloß eine hindernde, negative Function versehe.

Zu diesen Gegnern des Vereinbarungsstandpunktes gehört vor allem auch v. Mohl (vgl. unten S. 223). Was ist da natürlicher, als dass derselbe[1] glaubt, die ganze constitutionelle Staatsrechtsdoktrin seit dem Sturze Napoleons und dem gleichzeitigen Wiederaufleben constitutioneller Staatsideen beruhe „auf dem Gedanken, die gesetzliche Freiheit lediglich durch Überwachung der Staatsgewalt und durch Hindrängung derselben auf die rechte Bahn zu schützen" und den „Unterthanen" „eine Vertheidigung ihrer Rechte und Interessen gegen etwaige Missgriffe und Missanwendungen der Staatsgewalt" in die Hand zu geben. v. Mohl möchte also die Idee eines bloß negativ thätigen, hindernden, nicht die eines positiv thätigen, schaffenden Parlamentes zum Grundgedanken der neuen constitutionellen Staatsrechtsdoktrin machen und so die herrschende Lehre als Gegnerin des Vereinbarungsstandpunktes hinstellen. Dem gegenüber muss — wenigstens für die deutsch-constitutionelle Staatsrechtsdoktrin — mit Entschiedenheit betont werden, dass die Mehrzahl der ihr zugehörigen Publicisten Anhänger und nicht Gegner des Vereinbarungsstandpunktes sind, also dem Parlamente eine positive, schaffende Thätigkeit zusprechen. (Vgl. S. 61[7].) Es mag ja richtig sein, dass bei der Wiedergeburt der constitutionellen Staatsidee der — übrigens mehr für politische Zwecke, als für juristische Constructionen bestimmte (vgl. S. 223[7]) — Gedanke zu Gevatter gestanden ist, das Parlament habe bloß eine verhütende, hindernde Thätigkeit zu entfalten. Allein zu einer herrschenden Stellung konnte es diese Auffassung in der deutsch-constitutionellen Staatsrechtsdoktrin nie

---

müssen daher, wofern sie sich nicht für die heute wissenschaftlich kaum mehr in Betracht kommende Auffassung entscheiden wollen, dass der Gesetzgebungsact ein Vertrag zwischen Parlament und Monarch sei, sich mit zwingender Nothwendigkeit zum Vereinbarungsstandpunkte bekennen.

[1] Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften, I. 1855, S. 281 ff.

bringen[1]. Und das ist begreiflich. Denn sowie man den Satz von der bloß negativen Thätigkeit des Parlamentes nicht vom politischen, sondern vom juristischen Standpunkte aus betrachtet, muss man sich gestehen, dass er, wie Laband in einer Polemik gegen einen modernen Gegner des Vereinbarungsstandpunktes, nämlich Fricker, so kurz und treffend sagt, „eine mit den thatsächlichen Vorgängen im grellen Widerspruch stehende und mit der Befugnis der Stände zur Initiative und zur Amendierung unvereinbare Fiction“[2] ist.

Mit dieser meiner Behauptung, dass die herrschende Lehre im Zeichen des Vereinbarungsstandpunktes stehe, stimmt es auch überein, wenn Laband[3] findet: „Fast alle Darstellungen des deutschen Staatsrechtes, auch wenn sie die Lehre von der Theilung der Gewalten verwerfen und von dem sogenannten monarchischen Princip ausgehen, erfordern zum Zustandekommen eines Gesetzes den ‚übereinstimmenden Willen‘ des Landesherrn und des Landtages.“ Es sei außerdem auch noch darauf verwiesen, dass der übrigens incorrecte[4] Ausdruck „königliches Veto“ in der Litteratur des deutschen Staatsrechtes niemals eine so verbreitete Anwendung gefunden hätte, wenn nicht allgemein die Überzeugung geherrscht hätte, dass dem Parlamente eine positive, schaffende Thätigkeit zukomme.

Namentlich seitdem Laband es in so glänzender Weise unternommen hat zu zeigen, wie sich der Vereinbarungsstandpunkt mit der Theorie von der alleinigen Gesetzgebereigenschaft des Monarchen vollkommen in Einklang bringen lasse, sind die gegen den Vereinbarungsstandpunkt laut gewordenen Stimmen fast ganz verstummt.

---

[1] Und wenn dennoch der Satz, dass das Parlament lediglich als „beschränkender Factor“ zum Monarchen hinzutrete, in der Litteratur des deutsch-constitutionellen Staatsrechtes sehr häufig wiederkehrt, so ist damit in der Regel nicht etwa im Sinne der Gegner des Vereinbarungsstandpunktes gemeint, dass dem Parlamente nur eine negative, hindernde Function zukomme, vielmehr will mit dem erwähnten Worte nur angedeutet werden, dass — unbeschadet der positiven, schaffenden Thätigkeit des Parlamentes und unbeschadet der zwischen ihm und dem Monarchen über jedes zu erlassende Gesetz abzuschließenden Vereinbarung — die eigentliche Staatsmacht doch ausschließlich in den Händen des Monarchen ruhe.

[2] Staatsrecht, I. S. 492 Anm. 2 a. E. Vgl. auch die dankenswerten Ausführungen bei Merkel, Juristische Encyklopädie, 1885, S. 232.

[3] A. a. O., I. S. 494.

[4] S. statt aller Laband a. a. O., I. S. 494 f.

Die Combination des Vereinbarungsſtandpunktes mit der Theorie von der alleinigen Geſetzgeberſchaft des Monarchen, namentlich in der epochemachenden Modification, die dieſe Combination durch Laband erhalten hat, das iſt der Inhalt der herrſchenden Lehre über die Frage der Erzeugung des ſtaatlichen Geſetzeswillens.

Mit dieſer herrſchenden Lehre haben wir uns in den folgenden Abſchnitten zu beſchäftigen. Die Frage, die wir uns dabei vorzulegen haben, iſt die: Kann der Vereinbarungsſtandpunkt mit der Theorie von der alleinigen Geſetzgeberſchaft des Monarchen wirklich in Einklang gebracht werden? Iſt es alſo möglich, daſs bei jedem Geſetzgebungsacte zwar eine Vereinbarung zwiſchen Parlament und Monarch über das zu erlaſſende Geſetz ſtattfindet, dennoch aber der Monarch allein als der Geſetzgeber erſcheint?

Die Beantwortung dieſer Frage werden wir in der Weiſe zu bewerkſtelligen trachten, daſs wir diejenigen Conſtructionen einer kritiſchen Unterſuchung unterwerfen, durch welche die Anhänger der herrſchenden Lehre den Vereinbarungsſtandpunkt mit der Theorie von der alleinigen Geſetzgeberſchaft des Monarchen in Harmonie zu bringen ſuchen. Das Schluſsreſultat dieſer Unterſuchung wird von ſelbſt zur Beantwortung obiger Frage führen.

Damit, daſs wir ſo die Anhänger der herrſchenden Lehre einer Kritik unterziehen, iſt die Litteratur über unſer Problem allerdings noch nicht erſchöpfend behandelt, denn es fehlen, wie ſchon aus den bisherigen Ausführungen hervorgehen mag, noch:

1. Die Gruppe jener Schriftſteller, welche ſich zwar zu der Theorie von der alleinigen Geſetzgeberſchaft des Monarchen bekennt, dabei aber den Vereinbarungsſtandpunkt perhorreſciert und dem Parlamente nur eine negative Thätigkeit in der Geſetzgebung zuſpricht. Dieſe Gruppe, welche, wie ſchon geſagt wurde, in der Litteratur eine nur ſehr beſcheidene Rolle ſpielt, werden wir in unſeren Schluſsbetrachtungen (§ 48) einer Beſprechung unterziehen.

2. Die Gruppe jener Schriftſteller, welche den Standpunkt einnimmt, daſs Parlament und Monarch den ſtaatlichen Geſetzes-

willen gemeinſam erzeugen, und die ſich daher ſowohl der herrſchenden Lehre, als auch den zur Gruppe 1 gehörigen Schriftſtellern entgegenſtellt. Auch dieſe Richtung in der Litteratur des deutſch-conſtitutionellen Staatsrechtes hat es zu keinem beſonderen Anſehen gebracht. Alle hierher gehörigen Schriftſteller begnügen ſich damit, einzelne Argumente der herrſchenden Lehre zu bekämpfen. Zu einer ſyſtematiſchen Widerlegung iſt es — und daran mögen wohl in erſter Linie gewiſſe am unrechten Platz befindliche politiſche Rückſichten Schuld tragen — bis zum heutigen Tage nicht gekommen. Die Folge davon iſt, daſs bisher jeder gegen die herrſchende Lehre geführte Stoß an der von ihr gebildeten, feſt geſchloſſenen Phalanx ſo ziemlich wirkungslos abprallen muſste. Die einſchlägige Litteratur wird im Anhang I zur Sprache kommen.

II. Abschnitt.

Die herrschende Lehre bis Laband.

§ 15. Das ganze Zeitalter ist ein eminent politisches.

Die Epoche, mit der wir uns im Folgenden zu beschäftigen haben, trägt den Stempel heftigsten politischen Kampfes und ist infolge dessen nicht darnach angethan, im Gebiete der Staatswissenschaft rein juristischen Erörterungen einen breiten Raum zu gewähren.

Die Kenntnis der englischen Verfassungsverhältnisse war in der Darstellung, wie sie Montesquieu bot[1], auch in Deutschland in breitere Schichten der Bevölkerung gedrungen; desgleichen hatte daselbst Rousseau's Lehre vom contrat social und der darauf basierten Volkssouveränität Eingang gefunden; und der Ausgang der Freiheitskriege hatte den praktischen Beweis erbracht, zu welchen Erfolgen eine allenthalben aufflammende Volksbegeisterung führen könne. Alle diese Umstände, verbunden mit der noch frischen Erinnerung an die politischen Ereignisse in Frankreich, hatten in der Bevölkerung ein gesteigertes politisches Selbstbewußtsein gezeitigt, das sich natürlich in erster Linie in der Forderung nach größerer politischer Freiheit äußerte.

Den deutschen Regierungen blieb diese Gestaltung der Sachlage nicht verborgen; das zeigen die Verhandlungen des Wiener Congresses, und wenn auch die Art und Weise, wie die Regierungen dem Rechnung trugen, schließlich in der Bestimmung des

---

[1] Esprit des lois, Livre XI, chap. 6.

Art. 13[1] der Bundes-Acte (B. B. vom 8. Juni 1815) nur einen sehr abgeschwächten Ausdruck fand, so ist doch schon die Thatsache allein, dass überhaupt eine Bestimmung solcher Art in die B. A. aufzunehmen für zweckmäßig erachtet wurde, ein deutliches Zeichen dafür, welch große Bedeutung man damals in den Kreisen der deutschen Regierungen der im Volke herrschenden Bewegung beimaß. Allein die Realisierung des cit. Art. 13 B. A. sollte keineswegs einen glatten Verlauf nehmen. Kaum waren einige Jahre verflossen, als die deutschen Regierungen den Zeitpunkt für gekommen erachteten, ins reactionäre Fahrwasser einzulenken. So kam es, dass statt des Minimums politischer Freiheit, wie solches auf dem Wiener Congress discutiert worden war[2], die W. S. A. ein Maximum politischer Freiheit festsetzte[3]; der terminus „Monarchisches Princip"[4] ward in den officiellen Wortschatz der deutschen Regierungen aufgenommen[5] und die Sorge für Aufrechterhaltung des monarchischen Principes als eine Bundesangelegenheit erklärt, zu welcher in den Bundesbeschlüssen vom 16. Aug. 1824, 28. Juni 1832 und 28. April 1836[6] Stellung genommen wurde. Natürlich beeilte sich bei so veränderten Verhältnissen die Mehrzahl der deutschen Regierungen nicht sonderlich mit der staatsrechtlichen Durchführung des Art. 13 B. A., ja nicht selten fand dort, wo die Einführung parlamentarischer Zustände bereits zur Thatsache geworden war, zeitweilig eine Verfassungssistierung statt. Dass solche Vorkommnisse den verschiedensten politischen Aspirationen in allen Nuancen zwischen Revolution und Reaction über-

---

[1] Wortlaut: „In allen Bundesstaaten wird eine landständische Verfassung stattfinden."

[2] Vgl. v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 5. Aufl., neu bearbeitet von Zorn (im Folgenden citiert unter „Rönne—Zorn"), I. 1899, S. 42.

[3] Art. 57—59 W. S. A.

[4] Geprägt wurde derselbe in Frankreich. Vgl. Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 427[1].

[5] Seit den Karlsbader Conferenzen von 1819.

[6] G. v. Meyer, Corpus iuris Confoederationis Germanicae, II. S. 157, 240, 328.

reiche Nahrung boten, braucht nicht erst gesagt zu werden. Dazu kam noch, dass die Verfassungen nicht immer von Anfang an dem Parlamente jene Competenzen gewährten, welche dasselbe heute allgemein innehat. Namentlich fehlte ihm in älterer Zeit mitunter das sogenannte decisive Votum[1] und fast überall die Gesetzesinitiative[2]. Erst seit der 2. Hälfte der 60er Jahre, namentlich seit der Gründung des norddeutschen Bundes, kann von einem gleichmäßigen Niveau der verfassungsrechtlichen Zustände in Österreich und den constitutionellen Monarchien des heutigen Deutschen Reiches gesprochen werden[3]. Dass diese Entwicklung des deutschen Constitutionalismus das Product jahrzehentelanger Kämpfe zwischen reactionären und freiheitlichen Bestrebungen darstellt, wird jeder gerne zugeben, welcher sich die geschichtlichen Ereignisse jener Zeit vergegenwärtigt.

Der Zwang solcher Verhältnisse verleiht auch der ganzen damaligen publicistischen Litteratur das Gepräge politischer Tendenz. Ist es doch vor allem die Frage der Zweckmäßigkeit einer Repräsentativ-Verfassung, welche die Geister beherrscht und in einer massenhaft angewachsenen Litteratur zur Erörterung kommt[4]. Dazu

---

[1] So dass ihm nur das consultative Votum blieb. Vgl. H. A. Zachariä, D. St.- u. B.-R., II. S. 159[2].

[2] Vgl. G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 512.

[3] Über diese ganze Entwicklung verfassungsmäßiger Zustände s. für Österreich: Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Staatsrechtes, 1883, S. 38—58; Burckhard, System des österreichischen Privatrechtes, I. 1883, S. 69—76; Gumplowicz, Österreichische Reichsgeschichte, 2. Aufl. 1896, S. 200—224; Luschin v. Ebengreuth, Österreichische Reichsgeschichte, 1896, S. 566—578; Mayrhofer, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst in den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern, 5. Aufl., herausgegeben von Gr. Pace, II. 1896, S. 5—19. Für die monarchischen Einzelstaaten des heutigen Deutschen Reiches: v. Kaltenborn, Einleitung, S. 289—311; Hänel, Staatsrecht, I. S. 62—73; G. Meyer a. a. O., § 56, zu vergleichen auch § 55.

[4] Ausführliche Litteraturangaben s. bei H. A. Zachariä a. a. O., I. S. 86 f., 88[3], namentlich aber bei v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 4. Aufl. 1881—1884, I. S. 188[1]. Die wichtigeren der hier in Betracht kommenden Schriftsteller sind in ihrem Werte kurz

geſellt ſich dann als Ergänzung noch die weitere Frage, wie weit eine ſolche Verfaſſung in der Gewährung politiſcher Freiheit an die Unterthanen gehen dürfe, ohne den monarchiſchen Staatsgedanken, das „monarchiſche Princip", zu verletzen[1].

Aber ſelbſt wenn wir von all dieſen Schriftſtellern, welche die ganze Verfaſſungsfrage a priori nur vom politiſchen Standpunkte aus betrachten, abſehen und jene ins Auge faſſen, welche vorgeben, in erſter Linie ſtaatsrechtliche Erörterungen zu bieten, können wir uns doch nicht verhehlen, daſs auch dieſe Vertreter der Litteratur am Kampfe der Parteien ſich betheiligen, und daſs in ihren Schriften die politiſche Tendenz den juriſtiſchen Geſichtspunkt vielfach ſogar überwiegt. Der naturrechtliche Weizen, welcher überall dort prächtig gedeiht, wo es gilt, politiſche Forderungen in juriſtiſches Gewand zu hüllen, ſchießt auch hier üppig in die Halme[2]. Ja ſogar in die Darſtellungen des poſitiven deutſchen Staatsrechtes verſteht man das Naturrecht einzuſchmuggeln. Man ſetzt irgend einen mit naturrechtlicher Willkür gewählten „Rechtsſatz" an die Spitze ſeiner Deduction und iſt dann leicht in der Lage, daraus alle möglichen angenehmen Dinge abzuleiten und als de lege lata begründet hinzuſtellen. Insbeſondere erfreut ſich die Darſtellung der rechtlichen Stellung des Monarchen in dieſer Hin-

---

und treffend gekennzeichnet von v. Mohl, Geſch. u. Litt. d. Staatswiſſ., I. S. 293—320.

[1] Vgl. die bei H. A. Zachariä a. a. O., I. S. 80, angeführte Litteratur.

[2] Ein namhafter Vertreter dieſer Richtung iſt v. Rotteck, aus deſſen Lehrbuch des Vernunftrechtes und der Staatswiſſenſchaften, 4 Bde. 1829—1835, unſchwer der liberale Parteigänger zu erkennen iſt. Befürwortet er unter Umſtänden doch ſogar ein nur ſuspenſives Veto des Monarchen (a. a. O., II. S. 220), wie er, auf dem Standpunkte der „Volksſouveränität" ſtehend, überhaupt dem Monarchen nur jene Competenzen zuerkennen will, welche die Verfaſſung ihm ausdrücklich concediert (a. a. O., II. S. 234 Anm. u. S. 242). Hinwiederum ſtellt ſich Maurenbrecher, Die deutſchen regierenden Fürſten und die Souveränität, 1839, in den Dienſt abſolutiſtiſcher Beſtrebungen. Siehe die treffliche Charakteriſierung dieſes Buches durch v. Mohl a. a. O., II. 1856, S. 302 f. (Vgl. auch unten S. 66[3].)

sicht einer zweifelhaften Bevorzugung: Nachdem man ein paar „Fundamentalsätze des monarchischen Principes“ aufgestellt hat, preßt man in die auf denselben aufgebaute Construction der rechtlichen Stellung des Monarchen das positiv-rechtliche Material der Verfassungen erbarmungslos hinein[1] — eine Methode, die sich übrigens, wie wir sehen werden, noch bis auf den heutigen Tag einer weitverbreiteten Anwendung erfreut[2]. Und nicht nur versteckt, unter dem Deckmantel naturrechtlicher Thesen, sondern auch offen, werden in den Staatsrechts-Systemen jener Zeit häufig politische Forderungen gestellt[3].

Politik, das ist eben das große Schlagwort jener Epoche; in seinem Zeichen steht auch die zeitgenössische publicistische Litteratur, und die Folge davon ist eine häufige Verquickung des juristischen mit dem politischen Gesichtspunkte. Wir werden in den folgenden Ausführungen noch des öfteren in die Lage kommen, diese letztere Thatsache zu registrieren.

§ 16. Lösung des Problems durch die herrschende Lehre in jener Zeit.

Die eben geschilderten Umstände lassen es uns begreiflich erscheinen, daſs die publicistische Litteratur dieser Epoche die Erörterung unseres Problems, welches sich ja als ein eminent juri-

---

[1] S. insbesondere unten S. 69 ff.

[2] Vgl. unten S. 129 Z. 2. Dabei darf aber nicht verschwiegen werden, daſs diesbezüglich in letzterer Zeit ein höchst erfreulicher Umschwung in der Auffassung über die Aufgaben des staatsrechtlichen Schriftstellers zu bemerken ist.

[3] So z. B. Klüber, Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten, 3. Aufl. 1831, S. 365; Jordan, Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechtes, I. 1831, S. 49, 71; v. Mohl, Württembergisches Staatsrecht, 2. Aufl. 1840, I. S. 194; H. A. Zachariä a. a. O., II. S. 177; Held, System des Verfassungsrechtes der monarchischen Staaten Deutschlands mit besonderer Rücksicht auf den Constitutionalismus, 2 Theile 1856 f., I. S. 383; v. Held, Grundzüge des allgemeinen Staatsrechtes, 1868, S. 208; Grotefend, Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart, 1869, S. 640.

stisches darstellt, ziemlich vernachlässigt. Dem gemäß gestaltet sich auch die Construction, mit welcher die herrschende Lehre in jener Zeit sich mit dem Problem abfindet, ebenso einfach wie oberflächlich: Der Monarch allein erzeuge den im Gesetze zu Tage tretenden staatlichen Willen, er allein sei der Gesetzgeber; das Parlament ertheile zu diesem Acte des Monarchen lediglich seine Zustimmung, so dass der Monarch bei der ihm allein zukommenden Ausübung des Gesetzgebungsrechtes an die Mitwirkung[1], Zustimmung des Parlamentes gebunden, oder was dasselbe ist, durch dieselbe eingeschränkt sei[2].

[1] „Mitwirkung bei der Ausübung" im Gegensatze zu „Antheil an der Ausübung". Es soll nicht etwa dem Parlamente ein Antheil an der Ausübung zugesprochen werden, wie es die weiter unten (S. 228 ff.) erörterte Theorie der Trennung von Innehabung und Ausübung des Gesetzgebungsrechtes thut; sondern mit dem Worte „Mitwirkung" soll nur angedeutet werden, dass bei der vom Monarchen allein vorzunehmenden Ausübung des Gesetzgebungsrechtes das Parlament durch Abgabe seiner Zustimmungserklärung zu intervenieren habe (vgl. auch unten S. 230). In diesem Sinne findet sich das Wort „Mitwirkung" gebraucht u. a. bei Klüber a. a. O., S. 405, 408, 410, im Vergleiche mit S. 305, 365; Weiß, System des deutschen Staatsrechtes, 1843, S. 526, 605, 625, 671, im Vergleiche mit S. 662; Pözl, Bayrisches Verfassungsrecht, 1847, S. 225 lit. b, 287, im Vgl. mit S. 295 f.; Pözl, Lehrbuch des bayrischen Verfassungsrechtes, 4. Aufl. 1870, S. 521 lit. a, 548, im Vgl. mit S. 411, 546; Zöpfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechtes, 5. Aufl. 1863, II. S. 370, im Vgl. mit S. 519 f.; Held, System d. Verf.-R., II. S. 54, 56, 137, 515, 517, im Vgl. mit S. 53 f.; v. Held, Allg. Staatsrecht, S. 432, im Vgl. mit S. 208; v. Gerber, Grundzüge, S. 130, 149, im Vgl. mit S. 77 f., 125, 152. Auch in neuerer Zeit begegnen wir dem Worte „Mitwirkung" in diesem Sinne, z. B. bei v. Seydel, Staatsrecht, I. S. 353, II. S. 11, III. S. 572 f., im Vgl. mit III. S. 550; v. Kirchenheim, Lehrb. d. d. St.-R., S. 185, im Vgl. mit S. 103, 113.

[2] Hierher gehören folgende Schriftsteller: Klüber a. a. O., S. 305, 365, 406, 411; C. S. Zachariä, Vierzig Bücher vom Staate, 1. Aufl., II. 1820, S. 265, 288; K. E. Schmid, Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechtes, I. 1821, § 48; v. Aretin, Staatsrecht der constitutionellen Monarchie, 1824—1828, I. S. 108; Jordan, Lehrb. d. allg. u. d. St.-R., I. S. 48, 71; Jordan, Versuche über allgemeines Staatsrecht, 1828, S. 151 Anm.; Weiß a. a. O., S. 662, 671, vgl. auch S. 526; Weiß, System

In diesen wenigen Sätzen erschöpft sich all das, womit die herrschende Lehre in jener Epoche das rechtliche Verhältnis von

---

des öffentlichen Rechtes des Großherzogthums Hessen, I. 1837, S. 133, 142 f., 145 Z. 6; Schmelzing, Staatsrecht des Königreiches Bayern, 2 Bde. 1820 f., I. S. 458, im Vgl. mit S. 26; v. Moy, Lehrbuch des bayrischen Staatsrechtes, 2 Theile 1840 f., I. S. 131; Pözl, Bayr. Verf.-R., S. 249, 295 f.; Pözl, Lehrb. d. bayr. Verf.-R., S. 411, 546; Schweitzer, Öffentliches Recht des Großherzogthums Sachsen-Weimar-Eisenach, 1825, S. 84; Bluntschli, Lehre vom modernen Staat, 5. Aufl., 3 Bde. 1875 f., I. S. 494, II. S. 107; H. A. Zachariä a. a. O., I. S. 85, II. S. 157 ff., 162 f., 176; Zöpfl a. a. O., II. S. 325, 519 f.; Held, System d. Verf.-R., II. S. 48 ff., 53 f., 134, 137; Held, Allg. Staatsrecht, S. 208, 427, 432; Grotefend a. a. O., S. 635, 640, im Vgl. mit S. 310 f.; v. Gerber a. a. O., S. 79, 131, 149, 152, im Vgl. mit S. 77 f., 125, 130; v. Rönne a. a. O., I. S. 136, 155, 288 Z. 1, 347 f., 390; E. Ullmann in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss., 1868, S. 364; H. Schulze, Preuß. St.-R., I. S. 144, 159, 162, 567 ff., 610, II. S. 21 f.; H. Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 2 Bde. 1881—1886, I. S. 37, 189 f., 458 f., 478 Z. 1, 525 f., 527 Anm. Aus der neueren Zeit schließen sich denselben an: Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl., 1887, I. S. 40 f.; 8. Aufl. 1900, herausgeg. von Kipp, I. S. 60; v. Kirchenheim a. a. O., S. 103, 113; Hänel, Studien, II. S. 150; Kolbow im Arch. f. öff. R. V., S. 89; Grotefend, Lehrbuch des preußischen Verwaltungsrechtes, 2 Bde. 1890—1892, I. S. 39, im Vgl. mit S. 12; Schwartz, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, 2. Aufl. 1898, S. 202; Rehm, Allg. Staatslehre, S. 350. Auch Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechtes, 2. Aufl. 1843, S. 275, 315, würde hier zu erwähnen sein; allein für denselben ist in den Reihen der Schriftsteller des constitutionellen Staatsrechtes kein Platz. Denn er kann seine in dem Buche „Die deutschen regierenden Fürsten" niedergelegten absolutistischen Neigungen (s. oben S. 55[2]) auch hier, wo er doch positiv geltendes Recht darzustellen vorgibt, nicht verleugnen. Vgl. S. 243 f., 244 N. c, 266 N. a.

Im Sinne dieser Construction der herrschenden Lehre, „Zustimmung des Parlamentes zum Gesetzgebungsacte des Monarchen", ist auch die überwiegende Mehrzahl der deutschen Verfassungen formuliert: Bayr. Verf. Tit. VII § 2; Königl. Sächs. Verf. § 86; Württ. Verf. § 88; Bad. Verf. § 64 f.; Hess. Verf. Art. 72; Sachs.-Weim. N. G. G. § 4 Z. 6; Old. St. G. G. Art. 136, 140; Braunschw. N. L. O. § 98; Sachs.-Mein. G. G. § 85; Sachs.-Alt. G. G. § 201; Anh. L. O. § 19; Schw.-Rud. G. G. § 23,

Parlament und Monarch in der Gesetzgebung zu charakterisieren weiß.

Freilich bleibt die Regel nicht ohne Ausnahmen. Einzelne Staatsrechtslehrer aus dieser Zeit, namentlich gegen das Ende derselben zu, fühlen sich gedrängt, etwas ausführlicher über das Problem zu reden und uns klar zu machen, wie sie sich das Hinzutreten der „Zustimmung" des Parlamentes zu dem Willensacte des Monarchen denken.

Vor allem v. Gerber. Er sagt: „Wo . . . . der monarchische Wille von der Voraussetzung ständischer Zustimmung bedingt ist, gilt er als solcher rechtlich erst dann, wenn er diese Zustimmung in sich aufgenommen hat"[1]. Dass mit solchen Bildern und Gleichnissen die Erkenntnis unseres Problems nicht sonderlich gefördert wird, ist wohl klar.

Weiter ist hier Grotefend zu nennen. Bei demselben heißt es: „Das Wesen der monarchischen Staaten . . . . beruht in der Darstellung der idealen Staatsgewalt durch eine physische Person . . . . Die sichtbare Darstellung der Staatsgewalt in einer physischen Person, einem einzelnen Menschen, kann nur den ganzen Staatswillen in sich aufnehmen. Der Monarch ist der alleinige Repräsentant der vollen Staatsgewalt. Diese waltet nur in ihm und durch ihn. Der Wille des Staates ist ein einiger, und dieser eine und in sich einige Wille ruht und handelt in der Person des Monarchen"[2]. Dem entsprechend nennt er an anderer Stelle die Gesetze „Erlässe des Souveräns"[3] und bezeichnet die Thätigkeit des Parlamentes als „Zustimmung zu dem staatsrechtlichen Willen des Souveräns"[4]. Wie nimmt es sich nun aber dem gegenüber aus, wenn derselbe Schriftsteller in dem-

24; Wald. Verf. § 6; Lipp. G., die den Landständen in Beziehung auf die Betheiligung an der Gesetzgebung zustehenden Rechte betr., vom 8. Dec. 1867, § 1. Auch die Österr. Verf. muss hier Erwähnung finden, insofern die in § 13 Abs. 2 Ges. vom 21. Dec. 1867 Nr. 141 R. G. B. zum Zustandekommen jedes Gesetzes verlangte „Übereinstimmung beider Häuser" in Art. 10 St. G. G. vom 21. Dec. 1867 Nr. 145 R. G. B. ausdrücklich als „Zustimmung" bezeichnet ist. Schließlich sei noch hervorgehoben, dass auch die fast in allen deutschen Monarchien übliche Stilisierung der Sanctionsformel: „Mit Zustimmung des Parlamentes verordne ich", im Sinne obiger Construction lautet.

[1] A. a. O., S. 79, ähnlich auch S. 126.

[2] Das deutsche St.-R., S. 310 f.

[3] A. a. O., S. 640.

[4] A. a. O., S. 635.

selben Werke erklärt: „Das Gesetz geht aus der Übereinstimmung des gesetzgeberischen Willens des Staatsoberhauptes und des Landtages hervor .... Die Entschließung sowohl des Souveräns und des Landtages, als auch jeder der beiden Kammern dieses letzteren stehen sich hinsichtlich der staatsrechtlichen Bedeutung völlig gleich“ [1]. Und gleichsam, als ob er die eben begangene Unthat sühnen wollte, erklärt er wenige Seiten später gelegentlich der Erörterung der Publication von Gesetzen: „In dem persönlichen Souverän erfüllt sich die Persönlichkeit des Staates, und nur das Staatsoberhaupt spricht den Willen des Staates aus“ [2]. Hier wird einfach der Mantel nach dem Winde gedreht; je nach dem Capitel, das gerade in Erörterung steht, fällt die Antwort auf die wichtigsten und einschneidendsten Fragen des Staatsrechtes so oder so aus. Die Tendenz dieser Methode liegt auf der Hand. Für „Juristen“ solcher Art taucht, wenn sie die rechtliche Stellung des Monarchen zu erörtern haben, eine ganz neue „Rechts“-Welt auf [3]. Und das nennt sich „Wissenschaft“ [4]?!

Auch H. Schulze hält es für nothwendig, die Construction der herrschenden Lehre über unser Problem etwas ausführlicher zu behandeln. So findet er, dass in manchen Fällen der Wille des Monarchen erst durch die „Mitwirkung anderer Organe“ „zum vollen Staats-

---

[1] A. a. O., S. 633 f., vgl. auch S. 620.

[2] A. a. O., S. 639.

[3] Vgl. als Illustration hierzu folgende Emanationen des in Rede stehenden Schriftstellers: „Sein (sc. des deutschen Monarchen) Wesen ist es, ein Glied, wenn auch das vornehmste und herrlichste, in dem Organismus des Volkes, welcher der Staat heißt, zu sein“ (a. a. O., S. 311). „Ob einzelne derselben (sc. der organischen Institutionen im Staate) auch bis hart an die Stufen des fürstlichen Thrones heranreichen ...“ (a. a. O., S. 322). „Dort (nämlich in der Monarchie) steht der Monarch in seiner persönlichen Individualität über allen anderen im Staate und zieht sich zwischen seiner Person und einem jeden anderen Individuum im Staate eine unübersteigbare Kluft, welche unter Gottes Fügung die Geschichte gezogen und das Recht unverbrüchlich gefestiget hat“ (a. a. O., S. 776).

[4] Auf demselben Niveau stehen auch die Ausführungen Bluntschli's über unser Problem. Einerseits (a. a. O., II. S. 107) ist für ihn die Sanction „Erfüllung und Vollendung, der oberste Ausdruck der gesetzgebenden Gewalt ... Sie ist ... nicht Vollzug des Gesetzes, sondern Schaffung desselben. Vorher war es kein Gesetz, erst durch sie wird es dazu.“ Andererseits (a. a. O., II. S. 132) aber sagt er: „Was die Abstimmung durch die Kammern, ist die Sanction des Hauptes.“

willen ergänzt“ [1], oder wie er an anderer Stelle sagt, „zum verfassungsmäßigen Staatswillen vervollständigt [2] wird“. Auch der oben (S. 59) citierte Satz v. Gerber's kehrt hier wieder [3]. Schließlich betont er, dass „kein Gesetz zustande kommen kann ohne Zustimmung der Volksvertretung“, dass „aber die zum Gehorsam verbindende Kraft des Gesetzes doch nur in der königlichen Sanction liegt“ [4]. Das hindert ihn jedoch nicht, anderwärts zu behaupten, dass „es in dem constitutionellen Staate zwei unmittelbare Organe gibt, durch deren Zusammenwirken der Staatswille in seiner objectiven Bestimmtheit zustande gebracht wird“ [5], und dass „zwei staatliche Organe berufen sind, durch ihr Zusammenwirken den Staatswillen zu erzeugen“ [6].

Die Schriftsteller der herrschenden Lehre jener Zeit haben also kein Glück, wenn sie den Versuch machen, sich über die rechtliche Stellung von Parlament und Monarch in der Gesetzgebung etwas ausführlicher zu verbreiten. Sie tragen eher zur Verwirrung, als zur Lösung des Problems bei.

„Zustimmung des Parlamentes zum Gesetzgebungsacte des Monarchen“, das ist in kurzen Worten der Standpunkt der herrschenden Lehre. Vermöge dieser Formel glaubt sie es mit einander in Einklang bringen zu können, dass einerseits auch das Parlament positiv, schöpferisch thätig sei und mit dem Monarchen somit eine Vereinbarung über das zu erlassende Gesetz abschließe [7], dass aber

---

[1] Preuß. St.-R., I. S. 154.

[2] A. a. O., I. S. 159, fast wörtlich gleichlautend: Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 189.

[3] Preuß. St.-R., I. S. 568, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 459.

[4] Preuß. St.-R., I. S. 568 f., Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 459.

[5] Preuß. St.-R., I. S. 569, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 459.

[6] Preuß. St.-R., I. S. 570.

[7] Direct hervorgehoben wird dies von Grotefend a. a. O., S. 620; v. Rönne a. a. O., I. S. 364 Z. 1, 391; H. Schulze, Preuß. St.-R., I. S. 570. Aber auch sonst finden sich vielfach Andeutungen darüber, dass dem Parlamente eine positive, schaffende Thätigkeit zukomme. So z. B. C. S. Zachariä a. a. O., II. S. 265 („Das Gesetz ist der vereinigte Wille des Königs und des Reichstages“); ebenso kann v. Aretin a. a. O., I. S. 108, welcher bei Regierungsvorlagen von der Zustimmung des Parlamentes, bei Parlamentsvorlagen von der Zustimmung des Fürsten spricht, unmöglich dem Parlamente eine bloß negative Thätigkeit zuerkennen. Dasselbe gilt von Weiß, System d. d. St.-R., S. 672, welcher erklärt, dass

andererseits der Monarch dennoch allein den staatlichen Gesetzeswillen erzeuge.

§ 17. Argumente für die Richtigkeit der herrschenden Lehre.

1. Einheitlichkeit der Staatsgewalt und des Staatswillens.

Unterziehen wir nunmehr die Gründe einer kritischen Erörterung, mit welchen die herrschende Lehre zu beweisen sucht, dass wirklich das Parlament trotz positiver, schaffender Thätigkeit doch an der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens keinen Antheil habe, sondern zu dem diesbezüglichen, vom Monarchen allein vorgenommenen Acte lediglich seine Zustimmung ertheile, also eine Willenserklärung abgebe, die gegenüber der Erklärung des Monarchen als rechtlich minderwertig bezeichnet werden müsse.

Da tritt uns hin und wieder das Argument von der Einheitlichkeit der Staatsgewalt und des Staatswillens entgegen, welches übrigens auch bis auf den heutigen Tag noch nicht

---

„der Regierung und den Ständen ein wechselseitiges Veto" zukomme; hierher gehört ferner Pözl, Bayr. Verf.-R., S. 226, welcher sagt, dass das Parlament berufen sei, die Weiterbildung der Verfassung „mitzubestimmen". Auch H. A. Zachariä a. a. O., II. S. 163, erklärt ausdrücklich, dass die Thätigkeit des Parlamentes in der Gesetzgebung kein bloßes Veto sei. Endlich sei noch Bluntschli erwähnt, dessen Satz, „Was die Abstimmung durch die Kammern, ist die Sanction des Hauptes" (a. a. O., II. S. 132) zwar, wie oben (S. 60[4]) dargethan wurde, mit seinen sonstigen, der herrschenden Lehre zugeneigten Ausführungen nicht übereinstimmt, jedenfalls aber zeigt, dass dieser Publicist auf dem Vereinbarungsstandpunkte steht.

Die übrigen oben (S. 57[2]) als Anhänger der herrschenden Lehre und damit auch als Anhänger des Vereinbarungsstandpunktes aufgeführten Schriftsteller erklären sich zwar nicht ausdrücklich für denselben, allein ebensowenig gegen denselben, andererseits aber suchen sie die Richtigkeit der Behauptung, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, mit ebendenselben Argumenten zu erweisen, wie die erklärten Anhänger des Vereinbarungsstandpunktes. Sie qualificieren sich daher als stillschweigende Anhänger desselben und müssen infolge dessen ebenfalls zur herrschenden Lehre gerechnet werden. Vgl. hierzu auch oben S. 49.

gänzlich verstummt ist. Die Staatsgewalt, der Staatswille, so meint man, sei anerkanntermaßen ein einheitlicher, und dies bringe nothwendig mit sich, dass der Staat seinen im Gesetze zu Tage tretenden Willen nur durch ein Organ zum Ausdruck bringen könne; dieses Organ aber sei in der Monarchie naturgemäß der Monarch [1].

Diese Deduction leidet an der fehlerhaften Voraussetzung, die Einheitlichkeit des Staatswillens habe zur Folge, dass der Staat seinen Willen auch nur durch ein Organ zur Äußerung bringen könne. Ein flüchtiger Blick auf die Republik mit dem Zweikammersystem lehrt dies. Mit Recht ist daher obige Argumentation in der Litteratur mehrfach zurückgewiesen worden [2]. Damit erscheint das an und für sich ja vollkommen richtige Schlagwort von der Einheitlichkeit des Staatswillens, der Staatsgewalt, als völlig ungeeignet, für die Richtigkeit der herrschenden Lehre irgend einen Beweis abzugeben.

---

[1] Vgl. hierher Held, System d. Verf.-R., II. S. 486; Grotefend a. a. O., S. 310 f.; v. Rönne a. a. O., I. S. 348.

[2] Nachdem schon v. Rotteck a. a. O., II. S. 102, und Hänel in Hirth's Annalen 1877, S. 91, betont hatten, dass die Einheit der Staatsgewalt keine Einheit des Organes verlange, wurde die ganze Frage abermals aufgerollt durch Laband, welcher bis auf den heutigen Tag (s. Staatsrecht, 3. Aufl. 1895, I. S. 491 f.) dieses Argument von der Einheitlichkeit des Staatswillens, der Staatsgewalt, dazu benützt, um zu erweisen, dass nur der Monarch allein den Gesetzesbefehl ertheilen könne. (Vgl. darüber unten S. 129 Z. 1.) Als Erster trat dagegen G. Meyer in Hirth's Annalen 1878, S. 371 f., auf; vgl. auch die trefflichen Ausführungen desselben Verf. in „Der Antheil der Reichsorgane an der Reichsgesetzgebung", 1881, S. 10 ff., 19 ff., und Lehrb. d. d. St.-R., S. 15. Ihm folgten Gierke in Grünhut's Zeitschr. VI., S. 230, und Rosin in Schmoller's Jahrbuch VIII., S. 954. Weiter sind noch zu nennen: Merkel, Jurist. Encyklopädie, S. 190; Seidler, Budget und Budgetrecht im Staatshaushalte der constitutionellen Monarchie, 1885, S. 204; Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 211; Hänel, Studien, II. S. 149 f.; Frormann im Arch. f. öff. R. XIV., S. 87; Rosenberg in Hirth's Annalen 1900, S. 595; namentlich aber die abschließenden Ausführungen von Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 504 f.

§ 18. Fortsetzung.

2. Der Monarch — Träger der Staatsgewalt.

a) Formulierung des Argumentes.

Das nunmehr zur Erörterung gelangende Argument erfreut sich bei den der herrschenden Lehre angehörenden Schriftstellern allgemeiner Anwendung: Man leitet die Mehrwertigkeit der Willenserklärung des Monarchen gegenüber der des Parlamentes und die daraus resultierende alleinige Gesetzgeberschaft des Monarchen aus der angeblichen Thatsache ab, dass nach deutsch-constitutionellem Staatsrechte, gemäß dem in der deutschen Monarchie herrschenden „monarchischen Princip" der Monarch allein „Träger der Staatsgewalt" sei.

Zunächst muss die Bedeutung dieses Ausdruckes festgestellt werden:

1. Man kann darunter verstehen, dass der Monarch diejenige Person im Staate sei, „welcher kraft originären und daher keiner Verantwortung vor Menschen unterliegenden Rechtes alle Herrschaftsbefugnisse des Staates zustehen, soweit dieselben nicht ausdrücklich anderen Personen übertragen sind"[1]. Damit ist auf eine Thatsache hingedeutet, welche für die deutsch-constitutionelle Monarchie vermöge der Rechtscontinuität zwischen Constitutionalismus und Absolutismus und vermöge des Satzes „lex posterior derogat legi priori" vollkommen zutrifft, und es kann natürlich nichts dagegen eingewendet werden, dass man diese Thatsache in den Satz „der Monarch — Träger der Staatsgewalt" kleidet. Nur muss man sich darüber klar sein, dass dieser Satz dann unmöglich als Argument für den Beweis der Behauptung, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, herangezogen werden kann.

[1] In diesem Sinne fasst z. B. neuestens Geffcken, Die Verfassung d. Deutschen Reiches, S. 17, den Begriff „Träger der Staatsgewalt" auf. Von ihm ist auch die im Texte gegebene Definition entlehnt. In demselben Sinne übrigens bereits Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, 1884, S. 28 f.

Es widerspräche doch allen Gesetzen der Logik, die Behauptung, dass der Monarch allein die Competenz zur Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens habe, damit begründen zu wollen, dass dem Monarchen alle Competenzen im Staate zustehen, sofern sie nicht ausdrücklich anderen Factoren zugewiesen seien. Denn *dass* die Gesetzgebungscompetenz keinem anderen Factor im Staate (wenigstens theilweise) zugewiesen sei, sondern voll und ganz dem Monarchen allein zustehe, soll ja eben gerade begründet werden[1]!

2. Als Begründung für den Satz, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, kann das Schlagwort „der Monarch — Träger der Staatsgewalt" vielmehr nur in der *zweiten* möglichen Bedeutung in Betracht kommen, in der Bedeutung nämlich, dass der Monarch die *gesammte* Staatsgewalt, *alle* Rechte der Staatsgewalt, in sich vereinige. In *dieser* Bedeutung wird der Ausdruck „Träger der Staatsgewalt" in der Litteratur des Staatsrechtes der deutsch-constitutionellen Monarchie am häufigsten verwendet, weil auch die W. S. A.[2], sowie die deutschen Verfassungen, soweit sie sich mit dem Begriffe „Träger der Staatsgewalt" überhaupt beschäftigen[3], denselben in dem eben formulierten Sinne definieren.

Nur wäre es für denjenigen, welcher den Satz „der Monarch — Träger der Staatsgewalt" in dieser letzteren Bedeutung auffasst, ein von vorne herein aussichtsloses Beginnen, damit sagen zu wollen, dass der Monarch die Staatsgewalt als *eigenes* Recht, m. a. W. alle Rechte der Staatsgewalt, alle Rechte des Staates, als *eigene* Rechte innehabe. Eine solche Auffassung des Begriffes „Träger der Staatsgewalt", eine solche Identificierung der Rechte des Staates mit jenen des Monarchen, wäre mit der juristischen Persönlichkeit des Staates und mit der Eigenschaft der

[1] Gleiches gilt, wenn man unter „Träger der Staatsgewalt" mit *Rehm* a. a. O., S. 178 „diejenige physische Person" versteht, „welche den obersten . . . Vertreter des Subjectes der Staatsgewalt darstellt . . . ." *Rehm* a. a. O., S. 177, erklärt ausdrücklich, „dass es nicht erforderlich ist, dass der Träger der Staatsgewalt immer die *ganze* Staatsgewalt in sich verkörpert."

[2] Art. 57. Vgl. auch Bundesbeschluss vom 28. Juni 1832, Nr. I.

[3] Dieselben sind citiert bei G. *Meyer*, Lehrb. d. d. St.-R., S. 226[7].

Person des Monarchen, Organträger dieser juristischen Person zu sein, unvereinbar. Die Rechte des Staates, welche der Organträger ausübt, sind und bleiben für den letzteren fremde Rechte[1], Rechte des Staates, und werden auch dann nicht zu Rechten des Organträgers, wenn dieser, wie es eben beim Monarchen der Fall ist, ein (eigenes) Recht auf diese seine Stellung hat. Der Monarch hat lediglich ein Recht auf Ausübung der (fremden) Rechte des Staates, so dass man zwischen den Rechten des Staates und dem Rechte des Monarchen auf Ausübung dieser staatlichen Rechte streng unterscheiden muss[2]. Geschähe dies nicht, so wäre damit die Identität der Person des Staates mit der Person des Monarchen, also der rechtlich schrankenlose Absolutismus, die patrimoniale Staatsauffassung, gegeben[3]. Die Identität der

---

[1] Über den Begriff des fremden Rechtes s. die klaren Ausführungen von Rosin in Hirth's Annalen 1883, S. 276 ff.; ihm schließt sich an Bernatzik im Arch. f. öff. R. V., S. 237, Rosenberg im Arch. f. öff. R. XIV., S. 352.

[2] Nachdem dies schon von v. Gerber a. a. O., S. 79[4], und Grotefend a. a. O., S. 320, hervorgehoben worden war, ist es in neuester Zeit namentlich von Laband, Staatsrecht, 1. Aufl., I. S. 85 f., 3. Aufl., I. S. 85 f., und Jellinek, System d. subj. öff. Rechte, S. 136 ff., 141[6], Allg. Staatslehre, S. 429 f., 505 f., 513 f., in ausführlicher und überzeugender Weise begründet worden. Vgl. auch G. Meyer a. a. O., S. 11 f., 224; Gareis, Allg. St.-R., S. 28 f.; Rosin a. a. O., S. 280; Brie, § 1 des von ihm verfassten Art. „Landesherr" im Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, herausgeg. von v. Stengel, 2 Bde. 1890, 3 Erg.-Bde. 1892/7; Seligmann, Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge, 1890, S. 261; Kulisch im Arch. f. öff. R. XVI., S. 153.

[3] Dies klingt auch aus den Ausführungen Jellinek's, System d. subj. öff. Rechte, S. 137 f., Allg. Staatslehre, S. 429, heraus. Vgl. ferner Kulisch a. a. O. Jene einzig richtige, aus der Identificierung der Rechte des Staates mit den Rechten des Monarchen sich ergebende Consequenz hat Maurenbrecher, Die deutschen regierenden Fürsten, gezogen. Nachdem er a. a. O., S. 167, die erwähnte Identificierung in die Worte gekleidet hat: „Die Souveränität soll in der Erbmonarchie das reine Privatrecht des Fürsten sein", gelangt er zu der Forderung völliger rechtlicher Schrankenlosigkeit des Monarchen, indem er a. a. O., S. 177, den Verfassungsbruch

Rechte des Monarchen mit den Rechten des Staates einerseits und die rechtliche Gebundenheit des Monarchen, sowie die damit gegebene selbständige Persönlichkeit des Staates andererseits lassen sich eben nicht unter einen Hut bringen[1].

Daran vermag auch der Versuch nichts zu ändern, den Bernatzik unternommen hat, indem er die Rechtsfigur des sogenannten „getheilten Rechtes“[2] auf das Verhältnis zwischen Monarch und Staat anwandte, um auf diese Weise zu bewirken, dass Monarch und Staat als zwei von einander getrennte Persönlichkeiten aufrecht erhalten bleiben und der Monarch trotzdem die Rechte des Staates auch als seine eigenen Rechte innehabe[3]. Wie unten (S. 237 f.) ausführlicher erörtert werden wird, ist die Rechtsfigur des „getheilten Rechtes“ mit dem Wesen des subjectiven Rechtes unvereinbar, und verbergen sich hinter demselben in Wirklichkeit ebensoviele subjective Rechte, als Rechtssubjecte vorhanden sind, in unserem Falle das Recht des Staates und das Recht des Monarchen auf Ausübung dieses Rechtes des Staates. Die Theorie Bernatzik's stellt sich nur als eine verhüllte Identificierung der Rechte des Monarchen mit den

---

als völlig legal hinstellt (der Fürst sei an die „Regierungsacte seines Vorfahren in der Regierung . . . nicht gebunden“) und a. a. O., S. 189, als Charakteristicum seines monarchischen Idealstaates den Satz proclamiert: Princeps legibus solutus. Andererseits hat aber gerade dieses Buch die Publicistik in richtige Bahnen gelenkt (Albrecht und der bereits in der vorigen Anm. erwähnte v. Gerber). Vgl. darüber Jellinek, System d. subj. öff. Rechte, S. 139.

[1] Und derjenige, welcher dies doch thun zu können glaubt, verwickelt sich in einen ähnlichen Widerspruch, wie v. Seydel und Bornhak, wenn sie die angebliche Thatsache, dass eine von der Person des Monarchen verschiedene Person des Staates nicht existiere, in Einklang bringen wollen mit der Thatsache der rechtlichen Gebundenheit des Monarchen. (Vgl. darüber oben S. 37 ff.) Nichtsdestoweniger gibt es aber noch heute Publicisten, die, unbekümmert um diesen Widerspruch, den Standpunkt der Identificierung der Rechte des Staates mit den Rechten des Monarchen vertreten. Z. B. v. Kirchenheim a. a. O., S. 185; Triepel, Das Interregnum, 1892, S. 64 f., 70; Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl. 1895, I. S. 88 f.

[2] Vgl. über dasselbe die Ausführungen Bernatzik's a. a. O., S. 279 ff

[3] Bernatzik a. a. O., S. 299 ff.; desselben Verfassers „Republik und Monarchie“, 1892, S. 27, 29, 32 ff.

Rechten des Staates dar und würde daher in ihren Consequenzen zur patrimonialen Staatsauffassung führen[1].

Der Satz, dass der Monarch Träger der Staatsgewalt sei, m. a. W., dass ihm die gesammte Staatsgewalt zustehe, er also alle Rechte der Staatsgewalt in sich vereinige, darf sonach, damit man über ihn überhaupt discutieren könne, nur so verstanden werden, dass der Monarch das Recht auf alleinige Ausübung der gesammten Staatsgewalt, also ein Recht auf alleinige Ausübung aller Rechte der Staatsgewalt, habe[2].

Hiermit hätten wir das Argument „der Monarch — Träger der Staatsgewalt" endgiltig formuliert.

§ 19. Fortsetzung.

b) Kritik des Argumentes.

Es ist nunmehr unsere Aufgabe, die Frage zu beantworten, ob dieses Argument, in der eben rectificierten Bedeutung genommen, auch wirklich geeignet ist, einen Beweis abzugeben für die Richtigkeit der herrschenden Lehre, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, allein den staatlichen Gesetzeswillen erzeuge.

Die Antwort muss leider negativ ausfallen.

Denn in dieser vermeintlichen Beweisführung steckt eine einfache Tautologie. Der Satz „der Monarch — Träger der Staatsgewalt" ist ja, wie wir im vorherigen Paragraphen festgestellt haben, nur ein Collectivausdruck dafür, dass der Monarch berufen sei, alle Rechte der Staatsgewalt, also alle Functionen der Staatsgewalt, darunter

---

[1] In diesem Sinne auch Jellinek, System d. subj. öff. Rechte, S. 137 f. Vgl. außerdem noch hierher Jellinek im Arch. f. öff. R. VIII., S. 175 ff., und Allg. Staatslehre, S. 430.

[2] Die Bezeichnung „Träger der Staatsgewalt" in ihrer einzig richtigen Bedeutung weist also einfach auf die Qualität des Monarchen, staatlicher Organträger zu sein, hin. Eine andere Frage ist die, ob es überhaupt nothwendig war, zu diesem Zwecke einen eigenen terminus zu prägen. Kulisch a. a. O. beantwortet diese Frage mit „Nein", und zwar, wie ich glaube, mit Recht.

auch die Gesetzgebungsfunction, auszuüben. Es würde somit derjenige, welcher den Satz, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, damit beweisen wollte, dass der Monarch allein Träger der Staatsgewalt sei, im Grunde genommen folgendermaßen argumentieren: „Der Monarch ist deshalb der alleinige Gesetzgeber, weil ihm die Gesetzgebungsfunction, wie ja überhaupt alle Functionen der Staatsgewalt, zur alleinigen Ausübung zusteht.“ Der circulus vitiosus liegt also klar zu Tage!

§ 20. Fortsetzung.

c) Litteratur.

Weil der Satz „der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ nur ein Collectivausdruck dafür ist, dass dem Monarchen die Ausübung aller Functionen der Staatsgewalt zustehe, kann auch die Richtigkeit dieses Satzes nur dadurch erwiesen werden, dass man die jede einzelne Function der Staatsgewalt, darunter auch die Gesetzgebungsfunction, betreffenden positiv-rechtlichen Detailbestimmungen prüft und untersucht, ob alle diese Functionen der Staatsgewalt auch wirklich dem Monarchen zur alleinigen Ausübung zukommen. Fällt diese Untersuchung positiv aus, dann ist damit gleichzeitig auch constatiert, dass der Monarch Träger der Staatsgewalt ist. Zuerst also muss erwiesen sein, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei; erst dann kann an die Beantwortung der Frage geschritten werden, ob der Monarch Träger der Staatsgewalt sei.

Gerade den umgekehrten Weg aber geht die herrschende Lehre: Sie stellt zuerst den unbewiesenen, wenn auch angeblich aus dem „Wesen“ [1] der deutsch-constitutionellen Monarchie und aus dem in derselben herrschenden „monarchischen Princip“ „mit Nothwendigkeit“ hervorgehenden Satz auf, dass der Monarch allein Träger der Staatsgewalt sei [2] und leitet daraus ohne Bedenken

[1] S. z. B. Zöpfl a. a. O., I. S. 102 a. E., II. S. 244, 247; v. Rönne a. a. O., I. S. 134; Rönne—Zorn a. a. O., I. S. 7, 208.

[2] Klüber a. a. O., S. 305; Jordan, Lehrb. d. allg. u. b. St.-R., I. S. 53 f., 55, 69; Jordan, Versuche über allg. St.-R., S. 151 Anm.;

den weiteren Satz ab, daſs der Monarch allein der Geſetzgeber ſei[1]. Auf dieſe Weiſe glaubt man die Mehrwertigkeit der Willens-

---

Weiß, Syſtem d. d. St.-R., S. 510 f., 526; Weiß, Heſſ. St.-R., I. S. 111, 141; Schmelzing a. a. O., I. S. 26; v. Moy a. a. O., I. S. 122; Pözl, Bayr. Verf.-R., S. 225, 286; Pözl, Lehrb. d. bayr. Verf.-R., S. 395; Schweitzer a. a. O., S. 34 f.; Bluntſchli a. a. O., I. S. 492, 496; H. A. Zachariä a. a. O., I. S. 75 f., 80 ff., 325, 328; Zöpfl a. a. O., I. S. 102, II. S. 244, 247; Held, Syſtem d. Verf.-R., I. S. 349, II. S. 49, 133, 300; Grotefend, Das d. St.-R., S. 310 f., 314, 320—322, bezüglich d. nordd B.: S. 785; v. Gerber a. a. O., S. 77 ff., 125, 130; v. Rönne a. a. O., I. S. 134, 134[6], 150 f.; H. Schulze, Preuß. St.-R., I. S. 132, 143, 151 ff., 158 f., 562, 567; H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 32, 34, 39, 185 f., 458; die Ausführungen des zuletzt genannten Schriftſtellers ſind in der hier in Betracht kommenden Beziehung wahrhaft claſſiſche zu nennen. Ferner gehören noch hierher: Windſcheid a. a. O., 6. Aufl., I. S. 40; 8. Aufl., I. S. 60; v. Kirchenheim a. a. O., S. 187; Grotefend, Lehrb. d. preuß. Verw.-R., I. S. 12; Schwartz a. a. O., S. 128; Rehm a. a. O., S. 350.

[1] Einige Schriftſteller begründen den Satz, daſs der Monarch allein der Geſetzgeber ſei, ausdrücklich damit, daſs er der Träger der Staatsgewalt ſei. Hierher gehören: Jordan, Verſuche über allg. St.-R., S. 151 Anm.; Weiß, Syſtem d. d. St.-R., S. 662, 671; Pözl, Bayr. Verf.-R., S. 296; H. A. Zachariä a. a. O., II. S. 176; Held, Syſtem d. Verf.-R., II. S. 53 f.; v. Rönne a. a. O., I. S. 348. Ferner Windſcheid a a. O., 6. Aufl., I. S. 40; 8. Aufl., I. S. 60; v. Kirchenheim a. a. O., S. 103; Rehm a. a. O., S. 350. Auch Klüber a. a. O., S. 305, muſs hier Erwähnung finden, wenn er auch nicht ausdrücklich von der geſetzgebenden Gewalt ſpricht, ſondern nur allgemein dem Monarchen die „Ausübung der Staatsgewalt im Innern" zuſpricht.

Andere dagegen begnügen ſich damit, an der einen Stelle ihres Buches den Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt" aufzuſtellen, und an einer anderen Stelle dann, ohne ausdrückliche Bezugnahme darauf, es als ſelbſtverſtändlich hinzuſtellen, daſs der Monarch allein die Geſetze gebe. Hier kommen in Betracht: Jordan, Lehrb. d. allg. u. d. St.-R., I. S. 48, im Vgl. mit S. 53 f., 55, 69; Weiß, Heſſ. St.-R., I. S. 142, im Vgl. mit S. 111, 141; Schmelzing a. a. O., I. S. 458, im Vgl. mit S. 26; v. Moy a. a. O., I. S. 131, im Vgl. mit S. 122; Pözl, Lehrb. d. bayr. Verf.-R., S. 411, 546, im Vgl. mit S. 395; Schweitzer a. a. O., S. 84, im Vgl. mit S. 34 f.; Zöpfl a. a. O., II. S. 519 f., im Vgl. mit I. S. 102, II. S. 244, 247; Grotefend, Das d. St.-R., S. 640,

erklärung des Monarchen gegenüber der des Parlamentes darthun zu können, ohne erst prüfen zu müssen, ob die positiv-rechtlichen Detailbestimmungen über den Weg der Gesetzgebung diese Mehrwertigkeit auch wirklich involvieren. Man tritt eben an die Interpretation dieser Detailbestimmungen bereits mit der auf Grund des unbewiesenen Satzes „der Monarch — Träger der Staatsgewalt" vorgefassten Meinung heran. Es ist das ein Fall der oben (S. 55 f.) gekennzeichneten Methode, mit naturrechtlicher Willkür irgend einen unbewiesenen Satz als Prämisse aufzustellen, um das erwünschte Resultat mit dem Schein logischer Consequenz und Correctheit zu umgeben.

§ 21. Fortsetzung.

d) Vergebliche Versuche, den Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt" durch irgend eine allgemeine Erwägung zu beweisen.

Mit dem Hinweis auf die Tautologie wäre das Argument „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt" eigentlich abgethan.

Allein die meisten der hier in Betracht kommenden Schriftsteller befinden sich im guten Glauben, dass ihre Argumentation diesen Vorwurf nicht verdiene. Sie meinen nämlich, den Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt" mit irgend einer Erwägung allgemeiner Natur begründen zu können, und halten sich dann für vollkommen berechtigt, aus dem vermeintlich so bewiesenen Satze ihre weitere Behauptung, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, abzuleiten. Auf diese Weise glauben sie sich der Thatsache, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, bereits versichert

---

im Vgl. mit S. 310 f., 314, 320—322; v. Gerber a. a. O., S. 149, 152, im Vgl. mit S. 78 f., 125, 130; H. Schulze, Preuß. St.-R., I. S. 567 ff.; H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 458 f. Ferner Grotefend, Lehrb. d. preuß. Verw.-R., I. S. 39, im Vgl. mit S. 12; Schwartz a. a. O., S. 202, im Vgl. mit S. 128.

zu haben, noch ehe sie an die Interpretation der das Gesetzgebungsverfahren regelnden positiv-rechtlichen Detailbestimmungen herangetreten sind. Sollte ihnen dann bei dieser Interpretation irgend eine böse Verfassungsbestimmung in den Weg kommen, die dafür sprechen würde, dass nicht der Monarch allein, sondern Parlament und Monarch gemeinsam die Gesetze geben, so wird einfach das Dogma „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt" hervorgeholt, und jeder Einwand dagegen, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, muss sofort verstummen.

Die Absicht ist ja eine recht gute, aber die Bemühung leider eine vergebliche! Denn alle diese angeblichen Gründe, welche den Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt", mit Umgehung der Untersuchung der positiv-rechtlichen Detailbestimmungen über den Weg der Gesetzgebung, beweisen sollen, sind, wie wir sehen werden, Scheingründe. Bei jedem derselben findet sich die von mir gemachte Behauptung bestätigt, dass vorerst aus den das Gesetzgebungsverfahren regelnden positiv-rechtlichen Detailbestimmungen die alleinige Gesetzgeberschaft des Monarchen bewiesen sein muss, ehe die Frage gestellt werden kann, ob der Monarch der Träger der Staatsgewalt sei.

α) Der Hinweis auf diesbezügliche Verfassungssätze.

Vor allem glaubt man die Richtigkeit des Satzes „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt" einfach dadurch bekräftigen zu können, dass man sich auf den Art. 57 W. S. A. und die analogen Bestimmungen vieler deutscher Verfassungen beruft, laut welchen der Monarch „die gesammte Staatsgewalt", „alle Rechte der Staatsgewalt", „in sich vereinigt"[1]. Dadurch, dass dieser Satz gesetzlich festgelegt ist, stehe von vorne herein fest, dass der Monarch auch wirklich alle Staatsgewalt in Händen habe[2].

---

[1] S. oben S. 65 u. Anm. 2 u. 3 dieser Seite.

[2] Klüber a. a. O., S. 411; Weiß, System d. d. St.-R., S. 510, 510 N. b, 526, 526 N. b; Pözl, Bayr. Verf.-R., S. 286 f., 287[1]; H. A. Zachariä a. a. O., I. S. 326; Zöpfl a. a. O., I. S. 102 f., II. S. 244; Held, System d. Verf.-R., II. S. 49 f.; v. Gerber a. a. O., S. 78, 78[1].

Wir haben es hier mit einem gerade in der staatsrechtlichen Litteratur ziemlich häufigen Fehler zu thun: Man nimmt kritiklos die Sätze der Verfassungen als Rechtssätze hin, ohne früher zu untersuchen, ob nicht einzelne derselben einen bloß lehrhaften Charakter an sich tragen. Jedes Gesetz, und nicht in letzter Linie die Verfassungsgesetze, enthalten nämlich Sätze, die lediglich theoretischer Natur sind und ob ihres doktrinären Inhaltes der wissenschaftlichen Beurtheilung unterliegen, also wahr, aber ebenso gut auch falsch sein können[1] [2].

Für Preußen, wo ein diesbezüglicher Verfassungssatz fehlt, beruft man sich entweder auf § 1 A. L. R. II 13 (z. B. v. Rönne a. a. O., I. S. 151; H. Schulze, Preuß. St.-R., I. S. 142), oder auf den Wortlaut der Verf. Art. 45, 62, 86, aus welchem hervorgehen soll, dass auch die preuß. Verfassung sich den Monarchen als den Träger der Staatsgewalt denkt. Vgl. G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 226[5] und die dort Citierten; ferner v. Stengel, Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, 1894 (in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl.), S. 36 f.; Rehm a. a. O., S. 349 f.

[1] Nur mit dieser Einschränkung kann den Ausführungen Laband's im Arch. f. öff. R. III., S. 524, zugestimmt werden. Dasselbe gilt von Koban in der Prager Jurist. Vierteljahresschrift, 32. B. (16. B.), S. 87.

Die Existenz solcher rein doktrinärer Sätze ist für die Privatrechts-Codificationen längst anerkannt. Bezüglich der Codificationen des Verfassungsrechtes dagegen — und daran mögen zum überwiegenden Theile politische Gründe und Rücksichten Schuld tragen — bricht sich diese Erkenntnis nur allmählich Bahn. S. diesbezüglich Fricker, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 4; Zorn, Staatsrecht, I. S. 413; Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preußen, 1898 (in Brie's Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, 1. Heft), S. 3; Rehm a. a. O., S. 154; namentlich aber die dankenswerten Bemerkungen von Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 505 f., 506 Anm. 1 a. E. Auch Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 128, gibt die Existenz lehrhafter Verfassungssätze zu; andererseits aber macht gerade Bornhak selbst von dieser seiner Erkenntnis am allerwenigsten Gebrauch. Vgl. z. B. oben S. 42[4].

[2] Hier sei auch jene unzulässige Methode kurz erwähnt, welche die Frage, ob der Monarch allein oder Parlament und Monarch gemeinsam Gesetzgeber sind, darnach beantwortet, ob der Wortlaut der concreten Verfassungsurkunde von „Zustimmung" des Parlamentes zum Gesetze oder von „Übereinstimmung" von Parlament und Monarch über das Gesetz spricht. Auf diese Weise kommt man dann allerdings für die meisten deutschen

Ein solcher rein doktrinärer Satz theoretischer Construction ist auch der Verfassungssatz, dass der Monarch die gesammte Staatsgewalt, alle Rechte der Staatsgewalt, in sich vereinige[1]. Er ist kein Rechtssatz in dem Sinne, dass er seine Richtigkeit in sich selbst trägt, sondern ein Lehrsatz, dessen Richtigkeit oder Unrichtigkeit sich erst daraus ergibt, ob gemäß den Detailbestimmungen über alle einzelnen Functionen der Staatsgewalt die Ausübung aller dieser Functionen auch wirklich dem Monarchen allein zukomme[2]. Daraus folgt, dass der erwähnte Verfassungssatz nicht geeignet ist, direct einen Beweis für die Richtigkeit des Satzes zu liefern, dass der Monarch allein Träger der Staatsgewalt sei. Denn ob jener Verfassungssatz theoretisch richtig ist, hängt ja unter anderem auch davon ab, ob die Gesetzgebungsfunction gemäß den sie betreffenden positiv-rechtlichen Detailbestimmungen dem Monarchen zur alleinigen Ausübung zusteht oder nicht.

Zu welch sonderbaren Ergebnissen es führt, wenn man alle in der Verfassung enthaltenen Sätze a priori als bare Münze nimmt und ihren Inhalt unbesehen als geltendes Recht ansieht, das zeigen deutlich die Ausführungen G. Meyer's aus seinen jüngeren Jahren[3]. Dieser nachmals so hervorragende Staatsrechtslehrer kommt bei Prüfung der das Gesetzgebungsverfahren betreffenden positiv-rechtlichen

---

Monarchien zu dem Resultate, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei. Hierher gehören: Hänel, Studien, II. S. 149 ff., Kolbow im Arch. f. öff. R. V., S. 89. Vgl. hierzu auch unten S. 227 f.

[1] Dies erkennt, abgesehen von v. Rotteck in Rotteck—Welcker, Das Staatslexikon, 2. Aufl., IX. 1847, S. 169, bereits v. Rönne a. a. O., I. S. 134[6], wenn er sagt, dass das monarchische Princip „an sich rein doktrinär" sei. Nichtsdestoweniger verfällt auch er, I. S. 151, in den Fehler, sich auf die Bestimmung des § 1 A. L. R. II 13 zu berufen (vgl. oben S. 72[2]). Auch Landesberger in Grünhut's Zeitschr. XVIII., S. 254, und Hauke, Die geschichtlichen Grundlagen des Monarchenrechts, 1894, S. 107 Anm. 15, anerkennen den lehrhaften Charakter des Verfassungssatzes, welcher alle Rechte der Staatsgewalt im Monarchen vereinigt sein lässt.

[2] Diesen einzig richtigen Standpunkt nimmt schon v. Rotteck, Lehrb. d. Vernunft-R., II. S. 233, ein.

[3] Grundzüge des norddeutschen Bundesrechtes, 1868.

Detailbestimmungen zu der Erkenntnis, dass richtiger Ansicht nach „im constitutionellen Staate die Gesetzgebung nur durch ein Zusammenwirken von Monarch und Volksvertretung ausgeübt werden kann", und dass daher „die Staatsgewalt nicht bloß beim Monarchen, sondern gemeinschaftlich bei beiden Factoren liegt"[1]; consequenter Weise erklärt er die „Auffassung" der Gesetze des Deutschen Bundes und die der deutschen Verfassungen, „dass in deutschen Staaten die gesammte Staatsgewalt in den Händen des Monarchen vereinigt ... sei", „principiell für nicht richtig"[2]. Dies alles hindert ihn aber nicht, im Verlaufe seiner Erörterungen zu sagen: „Wie dem auch sein mag, so lässt sich doch nicht leugnen, dass bisher in Deutschland jene andere Auffassung (sc. die Auffassung, dass der Monarch die gesammte Staatsgewalt in seiner Hand vereinige) nicht nur in der Theorie eine ausschließliche Geltung behauptet hat, sondern auch wirklich positives Recht gewesen ist"[3]. Auf der einen Seite also soll der Standpunkt der Verfassungen „principiell nicht richtig" sein, auf der anderen Seite aber soll der betreffende Verfassungssatz doch wieder „positives Recht" enthalten? Das ist begrifflich unmöglich. Sobald der Jurist von einem Verfassungssatze zu sagen sich genöthigt sieht, dass er ihn „principiell für nicht richtig" hält, hat er damit zugleich auch darüber entschieden, dass diesem Satze ein rein doktrinärer Charakter zukomme. Denn nur solche Sätze vertragen die Kritik „richtig" — „unrichtig". Bei Sätzen des positiven Rechtes dieselbe anzuwenden, wäre widersinnig, da jeder Rechtssatz seine Richtigkeit, oder wie wir gewöhnlich sagen, Giltigkeit, Rechtsbeständigkeit, in sich selbst trägt. Gerade diese Ausführungen G. Meyer's führen es uns so recht deutlich vor Augen, wie vorsichtig man bei der Beurtheilung von Verfassungssätzen sein muss.

Übrigens scheint dieser Publicist das Widerspruchsvolle seiner Behauptung schließlich erkannt zu haben. Denn in seinen späteren Werken hat er seinen soeben gekennzeichneten Standpunkt aufgegeben — allerdings nicht in der Weise, dass er, der ursprünglichen Erkenntnis, die gesetzgebende Gewalt stehe Parlament und Monarch gemeinsam zu, folgend, nunmehr den Verfassungssatz, wonach der Monarch die gesammte Staatsgewalt in sich vereinige, als rein doktrinären und

---

[1] A. a. O., S. 64.

[2] A. a. O., S. 64; vgl. auch G. Meyer, Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung, 1872, S. 49.

[3] Grundzüge d. Verf. d. nordd. B., S. 64; vgl. auch „Staatsrechtl. Erörterungen", S. 49.

nebenbei theoretiſch falſchen Satz auffaſst, ſondern umgekehrt ſo, daſs er an dieſem Verfaſſungsſatze, als einem vermeintlichen Rechtsſatze, feſthält[1] und aus demſelben die Eigenſchaft des Monarchen, der alleinige Geſetzgeber zu ſein, beduciert[2].

In all den bisherigen Erörterungen haben wir einzig und allein die juriſtiſche Seite der Sache im Auge gehabt. Ganz anders natürlich, wenn wir die politiſche Seite derſelben betrachten. Politiſche Bedeutung, und zwar hervorragende politiſche Bedeutung, hat der Verfaſſungsſatz, daſs der Monarch alle Staatsgewalt in ſich vereinige, auch dann, wenn er ſich als theoretiſch falſch und daher für den Juriſten unbrauchbar erwieſen haben ſollte; denn es kann nicht ohne Wirkung auf die große Maſſe bleiben, wenn derſelben in feierlichen, eindringlichen Worten zu verſtehen gegeben wird, daſs der Schwerpunkt ſtaatlichen Lebens und ſtaatlicher Macht im Monarchen liege. Allein ſolche Dinge dürfen das Auge des Juriſten nicht trüben. Man darf nicht den politiſchen mit dem juriſtiſchen Geſichtspunkte verquicken und glauben, daſs jener Satz, weil er politiſch von vorne herein bedeutungsvoll iſt, auch juriſtiſch ohneweiters ernſt genommen werden müſſe.

§ 22. Fortſetzung.

β) Der Hinweis auf die hiſtoriſche Entwicklung.

Wie mit dem Hinweis auf diesbezügliche Verfaſſungsſätze, ſucht man den Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ mitunter auch durch den Hinweis auf die „hiſtoriſche Entwicklung“, die „geſchichtliche Stellung“ des deutſchen Monarchenthums zu begründen[3], um dann daraus den weiteren Satz, daſs der Monarch allein der Geſetzgeber ſei, mit Muße ableiten zu können.

Was die Berechtigung dieſes hiſtoriſchen Argumentes betrifft, ſo bin ich der Letzte, welcher die große Bedeutung der geſchicht-

[1] Dagegen mit Recht Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 506 Anm. 1 a. E.

[2] Vgl. darüber unten S. 130[1].

[3] Dies thun Held, Syſtem d. Verf.-R., II. S. 49 f.; v. Rönne a. a. O., I. S. 134[6]; H. Schulze, Preuß. St.-R., I. S. 142. Ferner iſt hier zu nennen v. Kirchenheim a. a. O., S. 184 f.

lichen Entwicklung für die Ausgestaltung jeglichen Rechtes, und nicht in letzter Linie des Verfassungsrechtes, verkennt. Allein ob in einem concreten Falle die geschichtliche Entwicklung es wirklich zu einem Niederschlag am positiven Rechtsstoffe gebracht, ob sie also das positive Recht wirklich in dieser oder jener Weise modificiert hat, kann doch immer nur dadurch ermittelt werden, dass man dieses positive Recht selbst einer Prüfung unterzieht. Ob also der Monarch vermöge der historischen Stellung des Monarchenthums wirklich alle Staatsgewalt in seiner Hand vereinigt, ihm mithin wirklich alle Functionen der Staatsgewalt zur alleinigen Ausübung zustehen, vermag nur festgestellt zu werden, indem man zusieht, ob diese historische Vergangenheit des deutsch-constitutionellen Monarchen imstande war, die heute geltenden positiv-rechtlichen Detailbestimmungen, wie dieselben jede einzelne Function der Staatsgewalt regeln, derart zu beeinflussen, dass jede derselben dem Monarchen zur alleinigen Ausübung zusteht. Auch hier also muss, bevor die Frage, ob der Monarch Träger der Staatsgewalt sei, beantwortet werden kann, auf Grund der bezüglichen positiv-rechtlichen Detailbestimmungen bereits constatiert sein, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei. Demnach ist auch das „historische Argument" ungeeignet, einen directen Beweis dafür abzugeben, dass der Monarch allein der Träger der Staatsgewalt sei.

Die Ursache, welche zu dem Gedanken führte, mit Umgehung der Prüfung der Detailbestimmungen über den Weg der Gesetzgebung den Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt" direct aus der historischen Stellung des Monarchenthums heraus zu begründen, dürfte auf einer Verwechslung des politischen mit dem juristischen Gesichtspunkte basieren: Man denkt, indem man den Monarchen den „Träger der Staatsgewalt" nennt, an die politische Machtsphäre und spricht von seiner juristischen Competenzsphäre[1]!

[1] Die Ausführungen Held's a. a. O. bilden einen classischen Beleg hierfür. Sie lauten: „Durch die ganze politische Geschichte der deutschen

In Wahrheit muſs aber Beides ſcharf auseinandergehalten werden[1].

Sofern diejenigen, welche den Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ direct aus der hiſtoriſchen Vergangenheit des Monarchenthums ableiten wollen, dabei lediglich den politiſchen Begriff „Träger der Staatsgewalt“, alſo die politiſche Machtſphäre, im Auge haben, iſt ihnen vollkommen beizupflichten. Gewiſs iſt es richtig, daſs in dieſem Sinne die Machtfülle in der deutſch-conſtitutionellen Monarchie vermöge der hiſtoriſchen Stellung des Monarchenthums ſich entſchieden auf Seite des Monarchen befindet. Zu dieſer Thatſache trägt vor allem der Umſtand bei, daſs der deutſch-conſtitutionelle Monarch bereits vor Einführung der Verfaſſung Monarch war[2], daſs alſo die Verfaſſung ſich als ein Erlaſs des Monarchen darſtellt. Dieſe rechtliche Continuität zwiſchen Conſtitutionalismus und Abſolutismus iſt[3]

Nation, welche ſtets davon Zeugnis gibt, daſs die Perſönlichkeit des Monarchen ſelbſt auf den Gang der Staatsregierung von überwiegender Bedeutung war, daſs die deutſchen Völker keine Miniſter- oder Parlamentsregierung, ſondern immer eine das geſammte beſtehende Recht achtende und ſchützende Regierung ihrer Monarchen ſelbſt gewollt haben, beſtätigt ....., iſt die organiſche Verbindung des Principes der monarchiſchen Beherrſchung und Regierung mit dem Princip der ſtändiſchen deciſiven Beihilfe zur Ausübung beſtimmter Regierungsrechte ein Verfaſſungsgrundſatz, welcher, allen deutſchen Völkern in dieſer Entſchiedenheit eigenthümlich, ...“

Hier muſs auch H. Schulze a. a. O. Erwähnung finden, indem er den Kernpunkt der hiſtoriſchen Stellung des deutſchen (beziehungsweiſe preußiſchen) Monarchenthums darin findet, daſs der Monarch den „Staat geſchaffen“ hat.

[1] Der Gegenſatz zwiſchen dem juriſtiſchen und politiſchen Begriff „Träger der Staatsgewalt“ findet ſich hervorgehoben bei v. Kaltenborn, Einleitung, S. 54[1]; Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 504.

[2] Hierher gehört auch das Argument von H. Schulze a. a. O. (S. oben S. 77 Anm. 1 a. E.)

[3] Abgeſehen von der Rechtswirkung, daſs vermöge des Grundſatzes „lex posterior derogat priori“ die Präſumption zu Gunſten der ausſchließlichen Competenz des Monarchen ſpricht. Vgl. S. 64.

für die politische Stellung des Monarchen von ungeheurer Tragweite. Die Verfassung stellt sich dar als *sein* Werk, als *sein* Wille[1]. Und das will in den Augen der lediglich politisch denkenden Masse sehr viel bedeuten! Für diese hat sich in der Stellung des Monarchen durch Einführung der Verfassung nichts geändert. Das, was derselbe in der Zeit des Absolutismus an juristischer Competenz besessen hat, bleibt ihm infolge dessen in der Ära des Constitutionalismus in Gestalt von politischem Einfluss, von politischer Überlegenheit. Ihm ist, wie die Geschichte lehrt, die politische Macht in die Hand gegeben, in Zeiten der politischen Noth das Verfassungsrecht zu sistieren und einseitig einzugreifen, wenn die verfassungsmäßige Erledigung dringender staatlicher Angelegenheiten ins Stocken geräth[2]. In *politischem* Sinne also concentriert ein solcher Monarch auch *nach* Einführung der Verfassung in seiner Person thatsächlich die gesammte Staatsthätigkeit und Staatsmacht[3].

---

[1] Aber dies selbstverständlich nur in historischem, und nicht etwa in *dem* Sinne verstanden, als ob vermöge dieser historischen Thatsache auch im constitutionell-monarchischen Staate noch immer ausschließlich der Wille des Monarchen herrschen würde. Vgl. darüber bereits oben S. 38 ff.

[2] Eine gefügige Staatsrechtsdoktrin hat aus der *politischen, factischen Macht* des deutschen Monarchen, auf diese Weise das geltende Recht zu brechen, bekanntlich sogar eine *rechtliche Competenz* desselben zu machen versucht und zu diesem Zwecke den Ausdruck „Nothrecht", der gewöhnlich nur die in außerordentlichen Fällen von der Regierung anzuwendenden *verfassungsmäßigen* Machtbefugnisse in sich begreift, auch auf die im Text berührten *rechtswidrigen* Handlungen der Regierung ausgedehnt, ohne zu erwägen, dass ein Recht, das Recht zu brechen, eine contradictio in adjecto bedeutet. Vgl. auch die richtigen Ausführungen von *Dantscher v. Kollesberg*, Die polit. Rechte d. Unterthanen, 3. Lief. S. 127, und die in Anm. 17 dieser Seite behandelte Litteratur.

[3] Anders geartet ist die politische Machtvertheilung in *jenen* constitutionellen Monarchien, für welche die historische Thatsache der Rechtscontinuität zwischen Constitutionalismus und Absolutismus nicht existiert, wie z. B. in Belgien. Außerdem gilt für dieselben natürlich auch nicht der Rechtssatz, dass die Präsumption für die ausschließliche Competenz des Monarchen spricht, es wäre denn, dass ausdrücklich das Gegentheil statuiert wäre, was aber meines Wissens für keine der hierher gehörigen Monarchien zutrifft.

Allein dies besagt noch lange nicht, dass er auch in juristischem Sinne alle Staatsgewalt in sich vereinige. Politische Machtsphäre und juristische Competenzsphäre brauchen sich eben in ihrem Umfange absolut nicht zu decken und werden es in der Regel auch nicht. Es kann der Monarch sehr wohl die Fülle der politischen Macht in seiner Hand vereinigen, ohne dass ihm deshalb auch rechtlich alle Staatsgewalt zustehen[1] müsste[2]. Mag daher die politische Machtfülle des Monarchen durch den directen Hinweis auf dessen historische Stellung noch so sehr außer Zweifel gestellt sein: Der Frage nach der juristischen Competenz des Monarchen ist man damit um keinen Schritt näher gekommen, ein Beweis, wie nothwendig es gerade im Gebiete des Staatsrechtes ist, den juristischen von dem politischen Gesichtspunkte auseinander zu halten, will man sich vor Irrthümern und Trugschlüssen bewahren.

§ 23. Fortsetzung.

γ) Der Hinweis auf das Fehlen einer Trennung und Theilung der Staatsgewalt.

Schließlich sei noch eines Argumentes gedacht, mit welchem man unter Umgehung der Untersuchung der das Gesetzgebungsverfahren regelnden Specialbestimmungen den directen Beweis liefern zu können glaubt, dass der Monarch Träger der Staatsgewalt sei.

Es ist dies der Hinweis darauf, dass in der deutsch-constitutionellen Monarchie weder irgend eine Function der Staatsgewalt einem vom Monarchen verschiedenen Staatsorgan selbständig zustehe, noch das Parlament Theilhaber an der Staatsgewalt, Mitregent, sei, also mit anderen Worten ein Coimperium besitze[3]. Das

[1] Der Ausdruck „Die Staatsgewalt steht zu" hier natürlich nur in dem oben (S. 68) festgestellten Sinne verstanden.

[2] Mit dankenswerter Schärfe hervorgehoben von Jellinek a. a. O., S. 504.

[3] Weiß, Hess. St.-R., I. S. 130 f., 132. § 4.

Eine betrifft die reale Theilung, mit anderen Worten die „Trennung der Staatsgewalt", das Andere die ideale Theilung der Staatsgewalt, mit anderen Worten die „Theilung der Staatsgewalt i. e. S."[1]

Was nun die Trennung der Staatsgewalt anbelangt, so ist es allerdings vollkommen richtig, dass eine solche im Sinne der Montesquieu'schen Lehre von den drei, auch subjectiv getrennten, einander das Gleichgewicht haltenden Gewalten im Staate in der deutsch-constitutionellen Monarchie nicht existiert.

Ebenso berechtigt ist es zu sagen, dass in der deutsch-constitutionellen Monarchie keine Theilung der Staatsgewalt zwischen Parlament und Monarch bestehe, also das Parlament kein Mitregent sei — sofern damit gemeint sein sollte, dass das Parlament die ganze Staatsgewalt schlechthin, also a priori alle Functionen der Staatsgewalt, mit dem Monarchen theile[2]. In diesem Sinne besitzt das Parlament gewiss kein Coimperium; denn, wie schon oben (S. 64) bemerkt worden ist, kommen ihm vermöge der historischen Thatsache der Rechtscontinuität zwischen Constitutionalismus

[1] Die Begriffe „Trennung der Staatsgewalt" und „Theilung der Staatsgewalt" werden mit wünschenswerter Schärfe von einander unterschieden von Pölitz, Die Staatswissenschaften im Lichte unserer Zeit, I. 1823, S. 179, 181 f. Vgl. auch Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes, 1845, S. 478 f., 580. Andere dagegen nennen auch die Gewaltentrennung „Gewaltentheilung" (z. B. v. Kaltenborn a. a. O., S. 51 ff.), was naturgemäß zu Undeutlichkeiten und Missverständnissen zu führen geeignet ist.

[2] Der Satz, dass das Parlament kein Mitregent sei, kein Coimperium besitze, die Staatsgewalt also nicht zwischen Parlament und Monarch getheilt sei, kann übrigens auch noch in dem Sinne verstanden werden, dass keine einzige Function der Staatsgewalt zwischen Parlament und Monarch getheilt sei. Dann aber liefert dieser Satz schon gar keinen Beweis für die Richtigkeit der Behauptung, dass der Monarch der Träger der Staatsgewalt sei. Denn der Satz, dass keine Function der Staatsgewalt zwischen Parlament und Monarch getheilt sei, ist ja nur die Kehrseite des Satzes, dass der Monarch der Träger der Staatsgewalt sei, d. h., dass ihm alle Functionen zur alleinigen Ausübung zustehen! Die Begründung des Satzes „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt" mit dem Satze, dass keine einzige Function der Staatsgewalt zwischen Parlament und Monarch getheilt sei, wäre also eine einfache Tautologie.

und Absolutismus nur die ausdrücklich eingeräumten Competenzen zu.

Aber können diese beiden an und für sich richtigen Thatsachen einen Beweis abgeben dafür, dass der Monarch der Träger der Staatsgewalt sei? Unmöglich!

Denn die Thatsache, dass in der deutsch-constitutionellen Monarchie keine Montesquieu'sche Gewaltentrennung vorliegt, dass also keine Function der Staatsgewalt vom Monarchen vollständig losgelöst ist, hat doch nicht schon zur nothwendigen Folge, dass alle Functionen der Staatsgewalt ausschließlich dem Monarchen zustehen! Vielmehr können ja für welche dieser Functionen Monarch und Parlament gemeinsam competent sein, so dass dann der Monarch nicht mehr Träger der Staatsgewalt wäre[1].

Und ebenso: Die Thatsache, dass nicht a priori alle Functionen der Staatsgewalt dem Monarchen und Parlamente gemeinsam zustehen, hat doch nicht schon zur nothwendigen Folge, dass keine einzige dieser Functionen zwischen Parlament und Monarch getheilt ist! Vielmehr können wenigstens einzelne solcher Functionen dem Parlamente und Monarchen gemeinsam zustehen, so dass auch in diesem Falle der Monarch nicht mehr Träger der Staatsgewalt wäre.

Dies sehen die meisten Schriftsteller auch ein und statuieren daher den Satz, dass in der deutsch-constitutionellen Monarchie weder eine Trennung, noch eine Theilung der Staatsgewalt vorliege, nicht als Begründung, sondern als eine Folgerung aus

---

[1] Den hier gerügten logischen Fehler begehen auch diejenigen, welche die Behauptung, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, damit begründen, dass das Parlament für sich allein keine Gesetze geben, respective überhaupt einseitig keine Acte staatlichen Imperiums ins Leben rufen könne (welch letztere Behauptung übrigens im Hinblick auf das Recht der Ministeranklage nicht einmal richtig ist. Vgl. richtig Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 213). An die dritte Eventualität, dass Parlament und Monarch die Gesetze gemeinsam geben könnten, denken sie gar nicht! S. z. B. Held a. a. O., II. S. 485 f.; H. Schulze, Preuß. St.-R., I. S. 569, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 459.

dem Satze „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt“[1]. Nur begehen aber diese wiederum den anderen Fehler, dass sie den unbewiesenen Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ an die Spitze ihrer Deduction stellen.

§ 24. Fortsetzung.

e) Resumé.

Alle Versuche also, den Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ mit Umgehung der Prüfung der Specialbestimmungen über den Weg der Gesetzgebung aus irgend einer allgemeinen Erwägung abzuleiten, müssen als gänzlich gescheitert betrachtet werden, und es bleibt daher bei dem oben (S. 71 f.) Gesagten: Ehe nach der Richtigkeit des Satzes „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ gefragt werden kann, muss an der Hand der das Gesetzgebungsverfahren regelnden Detailbestimmungen bereits erwiesen sein, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei. Der Satz „Der Monarch — allein der Gesetzgeber“ ist das logische Prius, der Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ das logische Posterius.

Wenn aber trotz alledem das Argument „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ für die Frage, wer in der deutsch-constitutionellen Monarchie Gesetzgeber sei, in der Litteratur eine so große Rolle spielt, so muss das doch seine Ursache haben!

Ich erblicke diese Ursache in den politischen Verhältnissen des ganzen Zeitalters.

Wie ich bereits in den skizzenhaften Erörterungen des § 15 darzulegen versucht habe, steht dieses Zeitalter im Zeichen heftigsten

[1] Vgl. z. B. Klüber a. a. O., S. 411; Weiß, System d. d. St.-R., S. 526; Pözl, Bayr. Verf.-R., S. 225 Z. 2a, 225[6]; H. A. Zachariä a. a. O., I. S. 80 f., 82; Held a. a. O., II. S. 13, 136 Z. 2; v. Gerber a. a. O., S. 78[1]; v. Rönne a. a. O., I. S. 150 f., vgl. S. 134[6]. Am richtigsten macht es H. Schulze, Preuß. St.-R., I. S. 153, 568, und Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 186, 458 f., indem er die beiden Sätze neben einander stellt, ohne zu sagen, welchen von beiden er aus dem anderen ableitet. Ebenso auch Grotefend, Das d. St.-R., S. 322.

Kampfes um politische Freiheiten und constitutionelle Einrichtungen.

Zwei mächtige politische Gruppen stehen da einander gegenüber. Das Losungswort bildet hierbei der bereits S. 77 ff. festgestellte politische Begriff „Träger der Staatsgewalt“: Die eine der beiden Parteien will das politische Schwergewicht, die politische Machtfülle, in das Volk, respective in die Volksvertretung, verlegt wissen, die andere wünscht sich als das politische Machtcentrum im Staate den Monarchen. Dies sind die zwei großen politischen Principe jener Zeit: Das Princip der Volkssouveränität und das monarchische Princip.

Wie überall, so gibt es auch hier auf beiden Seiten Radicale und Gemäßigte.

Zunächst die Vertheidiger des Principes der Volkssouveränität!

Der radicale Standpunkt wird von denjenigen vertreten, welche für die gänzliche Abschaffung des Monarchenthums und für die Einführung einer republikanischen Staatsverfassung plaidieren[1].

Der gemäßigten Richtung gehören jene an, welche zwar ebenfalls das politische Schwergewicht in das Volk, respective in das Parlament verlegen, dabei aber sich für ein Nebeneinanderwirken von Parlament und Monarch erklären. Dieser ihr politischer Standpunkt gipfelt in dem Schlagwort „Gewaltentheilung“, sei es, dass damit eine gänzliche Gewaltentrennung, namentlich Loslösung der Legislative vom Monarchen zu Gunsten des Parlamentes, gemeint ist, sei es, dass nur an eine ideelle Theilung, also eine gemeinschaftliche Innehabung aller oder einzelner Rechte der Staatsgewalt, namentlich der Legislative, durch Parlament und Monarch, gedacht ist (Mitregentschaft, Coimperium, des Parlamentes).

---

[1] Hierher gehören: L. Hoffmann, Die staatsbürgerlichen Garantien, 2. Aufl., 2 Bde. 1831; L. Bucher, Der Parlamentarismus, 1831. Vgl. übrigens über diese ganze Richtung v. Mohl, Gesch. u. Litt. d. Staatswiss., I. S. 314 f.

Dafs diejenigen, welche für eine Trennung der Gewalten Propaganda machen, damit zugleich auch für das politische Übergewicht des Parlamentes eintreten, ist klar.

Weniger einleuchtend aber scheint zu sein, dafs auch diejenigen, welche lediglich eine Mitregentschaft, ein Coimperium des Parlamentes im Auge haben, damit eo ipso auch schon das politische Übergewicht des Parlamentes befürworten. Man sollte meinen, dafs, wenn sie die Staatsgewalt, oder einzelne Zweige derselben, namentlich die Legislative, zwischen Parlament und Monarch getheilt wissen wollen, sie weder dem Monarchen, noch dem Parlamente ein Plus an politischer Machtfülle einräumen, sondern beide als einander ebenbürtige politische Factoren ansehen. — Dem ist aber nicht so. Denn eine solche politische Coordinierung von Parlament und Monarch ist unmöglich, und derjenige, welcher anderer Ansicht ist, übersieht den wesentlichen Unterschied, welcher zwischen juristischer Competenzvertheilung und politischer Machtvertheilung besteht. Bei der juristischen Competenzvertheilung allerdings sind die drei Möglichkeiten gegeben:

1. Entweder kommt die Competenz ausschließlich dem Monarchen,
2. oder sie kommt ausschließlich dem Parlamente,
3. oder sie kommt beiden gemeinschaftlich zu (juristische Coordination). — Fragt man aber nach der politischen Machtvertheilung, so gibt es nur die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten: Entweder ruht die politische Übermacht beim Monarchen, oder sie liegt beim Parlamente, respective Volke. Entweder ist das Volk, respective Parlament, der Träger der politischen Staatsmacht, oder es ist dies der Monarch. Ein Mittelding als etwas Drittes gibt es hier nicht[1] [2].

---

[1] Dies betont schon Ranke, Historisch-politische Zeitschrift 1832, 1. Heft, S. 29, wenn er sagt: „Zwischen den Principien der königlichen und Volkssouveränität ist keine Aussöhnung". Auch in der oben (S. 77[1]) citierten Äußerung Held's klingt diese Erkenntnis durch.

[2] Rieker, Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung, 1893, S. 42, begeht den Fehler, die eben gekennzeichnete politische Thatsache auf das juristische Gebiet zu übertragen und zu sagen: „Entweder ist die Volksvertretung das Organ des Staates, dann ist der Monarch keines . . . Oder aber der Monarch ist das Organ des Staates, dann ist es die Volksvertretung nicht." Der letztere Fall trifft seiner Ansicht nach (a. a. O., S. 45) in allen Staaten zu, die nicht Demokratien sind. Dafs hier eine grobe Verwechslung des politischen mit dem juristischen Gesichtspunkte vorliegt, ist einleuchtend. Vgl. auch die treffliche Zurückweisung, die der Rieker'sche Standpunkt bei G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 265[5],

Es sind also auch diejenigen, welche dem Parlamente ein Coimperium zusprechen, mithin das Parlament in der Ausübung des betreffenden Imperiums dem Monarchen juristisch coordinieren, vor die Frage gestellt, ob sie die überwiegende politische Machtfülle in einem solchen Staate dem Parlamente, respective Volk, oder dem Monarchen zuerkennen sollen. Und diese Frage wird von ihnen fast ausnahmslos dahin beantwortet, dass das politische Schwergewicht im Parlamente liege. Diese an und für sich merkwürdige Erscheinung erklärt sich auf folgende Weise: Die einschlägigen Schriftsteller haben, indem sie dem Parlamente einen Antheil an der Staatsgewalt oder einzelnen Functionen derselben, namentlich der Legislative, zusprechen, nicht bloß eine juristische Competenzvertheilung, sondern auch eine Vertheilung der politischen Macht im Sinne. Man verstand es eben in der damaligen, hauptsächlich von politischen Streitfragen erfüllten Zeit nicht, den politischen vom juristischen Gesichtspunkt zu trennen und den juristischen Begriff der Staatsgewalt als der Competenz zur alleinigen Ausübung aller Functionen der Staatsgewalt zu unterscheiden von dem politischen Begriff der Staatsgewalt als der Vereinigung der politischen Machtfülle im Staate. Indem man das Parlament durch Einräumung eines Coimperiums dem Monarchen in Bezug auf juristische Competenzvertheilung coordinierte, glaubte man dasselbe eo ipso auch in Bezug auf die politische Machtvertheilung gethan zu haben. Dadurch aber, dass man auf diese Weise eine vermeintliche politische Coordination von Parlament und Monarch vorgenommen hatte, hatte man in Wirklichkeit die politische Staatsmacht, den politischen Schwerpunkt im Staate, bereits gänzlich ins Parlament, respective Volk, verlegt, sich also auf den Boden des politischen Principes der Volkssouveränität gestellt. Denn das Parlament in politischer Hinsicht dem Monarchen coordinieren, heißt — so paradox dies vielleicht auch klingen mag — dem Parlamente die ganze politische Machtfülle im Staate geben, es zum politischen Mittelpunkt im Staate, zum Träger der Staatsgewalt im politischen Sinne, machen. Dass dem so ist, dafür sorgt der Umstand, dass hinter dem Parlamente die breiten Massen der Wähler stehen und das Parlament daher, sobald es einmal dem Monarchen in Bezug auf politische Macht angeblich coordiniert ist, auch schon die ganze politische Machtfülle im Staate an sich gezogen hat, mit der ihm eigenen

---

und Kulisch, Beiträge zum österreichischen Parlamentsrecht, 1900 (in Jellinek-Meyer, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, II. B. 2. Heft), S. 5[2], erfahren hat.

Wucht die restliche politische Macht des Monarchen gänzlich erdrückend[1] (vide England!).

So kommt es, dass vermöge der Verquickung des politischen mit dem juristischen Gesichtspunkte auch die Anhänger einer bloß ideellen Theilung der Staatsgewalt oder einzelner Functionen derselben zwischen Parlament und Monarch fast ausnahmslos für das politische Princip der Volkssouveränität eintreten. Sie glauben eben, dass die juristische Coordination von Parlament und Monarch auch die politische Coordination des Parlamentes bedeute, und kommen dadurch, wie wir gesehen haben, mit zwingender Nothwendigkeit auf den Standpunkt der Volkssouveränität. Es fällt niemandem von ihnen ein, dass *juristisch* einzelne Functionen der Staatsgewalt sehr wohl zwischen Parlament und Monarch getheilt und dennoch die *politische* Staatsmacht in der Hand des Monarchen vereinigt sein könne, mit anderen Worten, dass sich die juristische Coordination von Parlament und Monarch in Einklang bringen lasse mit der politischen Subordination des Parlamentes unter den Monarchen[2].

Dass die Anhänger einer Gewaltentheilung im Sinne eines Coimperiums des Parlamentes auf dem Standpunkte der Volkssouveränität stehen, äußert sich in mannigfacher Weise: Sie vertreten den Satz, dass der Monarch, dem seine Befugnisse von der „natürlichen Gewalt“[3], nämlich vom Volke, übertragen worden seien, nur die ihm nach positivem Rechte ausdrücklich zugewiesenen Competenzen habe, während die Präsumption zu Gunsten der Competenz des Volkes spreche[4], und stellen, obwohl sie doch nur von einem Coimperium

---

[1] Wir haben hier eine Bestätigung des vorhin Gesagten: Zwischen dem Monarchen als politischem Mittelpunkte und dem Parlamente als politischem Mittelpunkte im Staate ein vermittelndes Drittes zu finden, ist ein Ding der Unmöglichkeit.

[2] Zu den Ausnahmen gehört Cucumus, Lehrbuch des Staatsrechtes der constitutionellen Monarchie Bayerns, 1825, welcher (S. 90) zugibt, dass das Parlament ein Coimperium habe („Die gesetzgebende Gewalt ist zwischen dem König und der Ständeversammlung getheilt“), andererseits aber doch durch den Satz „Seine (sc. des Königs) Gewalt ist die höchste“ (a. a. O., S. 88) zu erkennen gibt, dass er den König als den Träger der politischen Staatsmacht ansieht und die Theilung der gesetzgebenden Gewalt zwischen Parlament und Monarch nur in rein juristischem Sinne verstanden wissen will. Vgl. auch Pölitz a. a. O., I. S. 179 ff.

[3] v. Rotteck, Lehrb. d. Vernunft-R., II. S. 102. Vgl. auch Murhard, Das königliche Veto, 1832, S. 36.

[4] So z. B. v. Rotteck a. a. O., II. S. 211 f., 234 Anm., 242.

des Parlamentes reden, dennoch die Forderung nach einem bloß suspensiven Veto des Monarchen in der Gesetzgebung[1], oder nach Einführung des parlamentarischen Regierungssystems[2] auf, um auf diese Weise das Parlament, respective Volk, zum Mittelpunkte der politischen Macht im Staate zu machen.

Den Vertheidigern des politischen Principes der Volkssouveränität steht jene Gruppe gegenüber, welche den politischen Schwerpunkt im Staate in die Person des Monarchen (eventuell in Verbindung mit den alten feudal-ständischen Corporationen) verlegt haben wollen, also die Anhänger des monarchischen Principes im politischen Sinne des Wortes.

Die radicale Richtung in dieser Gruppe wird von jenen vertreten, welche, reactionäre Tendenzen verfolgend, das moderne Parlament ganz abgeschafft wissen möchten, sei es, dass sie die Wiederkehr absolutistischer Zustände[3], sei es, dass sie die Reactivierung der alten feudal-ständischen Verhältnisse[4] als das einzige Heil erklären[5].

---

[1] So Murhard a. a. O. Auf der einen Seite (S. 45) verlangt er für das Parlament bloß einen Antheil an der gesetzgebenden Gewalt, bloß ein Coimperium, auf der anderen Seite aber will er das Parlament doch zum Mittelpunkt der politischen Macht im Staate machen, indem er dem Monarchen nur ein suspensives Veto in der Gesetzgebung zuzuerkennen bereit ist (a. a. O., S. VII, XVI f., XXV, XXIX, 41 f., 48, 51, 54 ff., vgl. auch Murhard, Die Initiative bei der Gesetzgebung, 1833, S. 4). Ebenso v. Rotteck a. a. O., II. S. 210 ff., im Vgl. mit S. 218, 220. Vgl. über diese Methode H. A. Zachariä a. a. O., II. S. 162 f.

[2] So Levita, Die Volksvertretung in ihrer organischen Zusammensetzung im repräsentativen Staate der Gegenwart, 1850. Auf der einen Seite bloß ein Coimperium des Parlamentes, bloß ein Antheil desselben an der Gesetzgebung (S. 23 f.), auf der anderen Seite Verlegung der ganzen politischen Macht im Staate ins Parlament durch Befürwortung des parlamentarischen Regierungssystems (S. 24, 30 f.).

[3] So Maurenbrecher, Die deutschen regierenden Fürsten (vgl. oben S. 66[3]); Berneys, Deutschland und seine fränkischen Repräsentativ-Verfassungen, 1841; Alex. Müller, Meine Ansicht wider das deutsche Repräsentativ-System, 1848.

[4] So A. W. Rehberg, Untersuchung über die französische Revolution, 2 Bde. 1793; v. Haller, Restauration der Staatswissenschaft,

Die gemäßigte Richtung will zwar ebenfalls den Monarchen als das politische Machtcentrum im Staate, erklärt sich aber dennoch für ein Nebeneinanderwirken von Monarch und Parlament. Sie hat ihre Position also nach zwei Seiten hin zu vertheidigen: Sowohl gegenüber den Reactionären, als auch gegenüber den Verfechtern des Principes der Volkssouveränität. Diese letzteren beiden Gruppen treffen sich nämlich — allerdings mit einander entgegengesetzten politischen Zielen — in der Behauptung, dass in der constitutionellen Monarchie a priori das Princip der Volkssouveränität herrsche. Dem gegenüber wird nun von den Anhängern der in Rede stehenden gemäßigten Richtung darauf verwiesen, dass die constitutionellen Institutionen sich sehr wohl vereinbaren lassen mit der Eigenschaft des Monarchen, Träger der politischen Staatsmacht, mit anderen Worten Träger der Staatsgewalt im politischen Sinne, zu sein. Und wie suchte man das zu begründen? Die Antwort darauf ist sehr naheliegend. Die Anhänger der Volkssouveränität in der constitutionellen Monarchie gehen, wenn wir von den revolutionären Radicalen absehen, von dem Princip der Gewaltentrennung oder der ideellen Gewaltentheilung aus (Coimperium des Parlamentes). Wollte man nun die Volkssouveränität selbst bekämpfen und die Behauptung zum Siege führen, dass

---

2. Aufl., 6 Bde. 1820—1834, und seine Schule, darunter namentlich Jarke's anonym erschienene Schrift „Die ständischen Verfassungen und die deutschen Constitutionen", 1834; Ch. F. Schlosser, Ständische Verfassung, ihr Begriff, ihre Bedingungen, 1818; L. Gr. v. Pfeil, Das Wesen des Constitutionalismus und seine Consequenzen, 1822; Vollgraff, Die Täuschungen des Repräsentativsystems, 1832; (L. Fürst v. Solms—Lich), Deutschland und die Repräsentativ-Verfassungen, 1838; v. Kamptz, Abhandlungen aus dem deutschen und dem preußischen Staatsrecht, I., Landstände, allgemeine Stände, preußische Constitution, 1846; G. B. Mendelsohn, Die ständische Institution im monarchischen Staate, 1846; G. Zimmermann, Die Vortrefflichkeit der constitutionellen Monarchie für England und die Unbrauchbarkeit der constitutionellen Monarchie für die Länder des europäischen Continentes, 2. Aufl. 1852.

[5] Über alle die hierher gehörigen Schriftsteller vgl. die übersichtliche Charakterisierung bei v. Mohl a. a. O., I. S. 297, 316 ff.

nicht das Volk, respective Parlament, sondern der Monarch den politischen Mittelpunkt im staatlichen Leben bilde, so musste man auch die Principien, auf denen die Volkssouveränität aufgebaut war, bekämpfen, nämlich Gewaltentrennung und Gewaltentheilung. Die Argumentation dabei war folgende: „Gewaltentrennung und Gewaltentheilung führen zur Volkssouveränität. Das Princip der Volkssouveränität ist für die deutsche Monarchie unhaltbar, folglich sind auch Gewaltentrennung und Gewaltentheilung für die deutsche Monarchie unhaltbar." Mit dieser Negation der Gewaltentrennung und Gewaltentheilung war aber auch schon das contradictorische Gegentheil als Positivum gesetzt: Vereinigung der gesammten Staatsgewalt in der Person des Monarchen.

So kommt der Satz, dass der Monarch die gesammte Staatsgewalt in sich vereinige, aus der Charte constitutionelle vom 4. Juni 1814, wo dieser Satz denselben Zweck zu erfüllen hatte, in die der Charte nachgebildeten [1] deutschen Verfassungen, so kommt er ferner auch in die officielle deutsch-constitutionelle Staatsrechtsdoktrin und behauptet daselbst bis zum heutigen Tag seinen Platz [2]. Das Motiv, dem er seine Aufnahme in die deutschen Verfassungen verdankt, ist gewiss vollkommen berechtigt: Der Monarch sollte als Mittelpunkt des staatlichen Machtlebens, als Träger der Staatsgewalt im politischen Sinne, hingestellt werden [3], und dass er

---

[1] Vgl. statt aller Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 483, f. auch S. 427 f.

[2] Vgl. hierzu die treffliche Darstellung von Landesberger in Grünhut's Zeitschr. XVIII., S. 254.

[3] Recht deutlich lassen dieses Bestreben merken: Schmitthenner a. a. O., S. 480 („Lebendiger Mittelpunkt"), vgl. überhaupt S. 478 ff.; v. Kaltenborn a. a. O., S. 38 ff.; in neuester Zeit Rieker a. a. O., S. 43 f. Auch v. Mohl a. a. O., I. S. 282 („Einheitlicher Mittelpunkt des Staatslebens", vgl. überhaupt S. 281 ff.), und Jellinek a. a. O., S. 429, bestätigen die Richtigkeit der soeben im Texte gemachten Behauptung. Desgleichen kommt es in der Formulierung des Art. 57 W. S. A. (Wortlaut s. oben S. 47[2]) zum Ausdruck: Nach der Auffassung dieses Art. ist die Thatsache, dass „die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupt des Staates vereinigt" ist, mit anderen Worten das monarchische Princip, schon

dies vermöge der historischen Vergangenheit des deutsch-constitutionellen Monarchenthums auch wirklich ist, habe ich oben (S. 77 ff.) dargelegt. Der Fehler steckt nur in der Art und Weise, wie diesem Motive Rechnung getragen wurde: Man sah wohl, dass Gewaltentrennung und Gewaltentheilung zur Volkssouveränität führen, man übersah aber dabei gleichzeitig, dass die Anhänger der Gewaltentheilung nur durch eine fehlerhafte Verquickung des politischen mit dem juristischen Gesichtspunkte zur Volkssouveränität gelangt waren[1], und übersah diesen Fehler eben deshalb, weil man denselben auch in eigener Person begieng und der Meinung war, dass eine juristische Coordination von Parlament und Monarch eo ipso auch eine politische Coordination beider Factoren bedeute und daher zum politischen Übergewicht des

---

dann realisiert, wenn „der Souverän" „nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden" ist. Durch das Wort „Mitwirkung" soll einer Trennung der Gewalten, insbesondere einer Überantwortung der Legislative an die Volksvertretung (suspensives Veto des Monarchen), vorgebeugt, durch das Wort „bestimmter" gesagt werden, dass die Präsumption zu Gunsten der ausschließlichen Competenz des Monarchen spreche, wodurch jener Lehre die Spitze abgebrochen erscheint, welche, die Stellung des Monarchen als auf einer Delegation des Volkes beruhend, auffassend, ihm nur die durch das positive Recht ausdrücklich eingeräumten Competenzen zuerkennt. Damit glaubt die W. S. A., das monarchische Princip gesichert zu haben. Da ist es doch klar, dass es ihr in erster Linie nur um die politische Machtstellung des Monarchen zu thun ist. Denn diese allerdings ist bereits dann gesichert, wenn keine Function der Staatsgewalt gänzlich vom Monarchen losgelöst ist und die Präsumption zu Gunsten seiner ausschließlichen Competenz spricht. In politischem Sinne also vereinigt er in diesem Falle thatsächlich die gesammte Staatsgewalt in sich. In juristischem Sinne aber ist er darum noch lange nicht Träger der Staatsgewalt; denn dazu wäre nothwendig, dass alle Functionen der Staatsgewalt ihm zur alleinigen Ausübung zustehen. — Auch die oben (S. 80 ff.) erörterte fehlerhafte Schlussfolgerung lässt sich nur so verstehen, dass man zunächst nur den politischen, nicht den juristischen Begriff „Träger der Staatsgewalt" im Auge hatte.

[1] Klar zeigt sich dieser Fehler bei Rieker a. a. O., S. 26 („Abgelehnt ist ferner die unzertrennliche Begleiterin der Idee der Volkssouveränität, die Lehre von der Theilung der Gewalten").

Parlamentes, respective Volkes, also zur Volkssouveränität, führen müsse. So kam es, dass man auch die Thatsache einer Gewaltentheilung, eines Coimperiums des Parlamentes, im rein juristischen Sinne einer bloßen Competenzvertheilung verstanden, negieren zu müssen für nothwendig hielt, um zu dem Resultate zu gelangen, dass der Monarch die Fülle der politischen Staatsmacht in seiner Hand vereinige. Man glaubte, dass das monarchische Princip, als politisches Princip genommen, nur dann existenzberechtigt sei, wenn dem Monarchen auch in juristischer Hinsicht alle Staatsgewalt zukomme und das Parlament lediglich als ein den Monarchen in der Ausübung der demselben allein zustehenden Staatsgewalt „beschränkender" Factor anzusehen sei[1]. Und da es der officiellen deutschen Staatsrechtsdoktrin — wie wir sagen können, mit Recht (siehe oben S. 90 f.) — als selbstverständlich galt, dass in der deutsch-constitutionellen Monarchie als politisches Princip nicht das Princip der Volkssouveränität, sondern das monarchische Princip gelte, sah sie es als ebenso selbstverständlich an, dass der Monarch auch in juristischer Hinsicht alle Staatsgewalt in sich vereinige. Man hielt es gar nicht für nothwendig, die Behauptung, dass der Monarch in juristischer Beziehung alle Staatsgewalt in sich vereinige, erst näher zu begründen[2], sondern stellte diese Behauptung als einen aus dem Charakter der deutsch-constitutionellen Monarchie mit zwingender Nothwendigkeit hervorgehenden selbstverständlichen Satz an die

[1] So erklärt sich das damals allgemein herrschende Schlagwort „Keine Theilung der Staatsgewalt, sondern Vereinigung derselben in der Person des Monarchen". Ein Vorkämpfer dieser Lehre ist in Deutschland v. Aretin, St.-R. d. constit. Monarchie, namentlich I. S. 89 Z. 6, S. 107, 172 f.; s. auch Schmitthenner a. a. O., S. 525[1]; v. Mohl a. a. O., I. S. 282; v. Kaltenborn a. a. O., S. 53 f.; Rieker a. a. O., S. 26; endlich den ganzen Chorus der die herrschende deutsch-constitutionelle Staatsrechtsdoktrin wiedergebenden Systeme. Von neuesten litterar-historischen Darstellungen dieses Gegenstandes s. Rehm a. a. O., S. 251 ff.; Jellinek a. a. O., S. 427 ff.; vgl. auch G. Meyer a. a. O., S. 126.

[2] Höchstens dass man sich auf die oben (§§ 21—23) erörterten Scheingründe berief.

Spitze der Deduction. Psychologisch erklärlich mag ein solcher Vorgang ja sein: Die Lehre von der Gewaltentheilung, vom Coimperium des Parlamentes, war durch die Anhänger dieser Lehre, die sich durch fehlerhafte Verquickung des juristischen mit dem politischen Standpunkte auf den Boden der Volkssouveränität gestellt hatten [1], discreditiert worden, und so stellt sich der Standpunkt der herrschenden Lehre, wonach die gesammte Staatsgewalt auch in juristischem Sinne in der Hand des Monarchen vereinigt bleiben müsse, als naturgemäße Reaction dar [2].

Allein das darf uns nicht hindern, an diesem Standpunkte der herrschenden Lehre Kritik zu üben: Juristische Coordination von Parlament und Monarch in Bezug auf einzelne Functionen der Staatsgewalt läßt sich sehr wohl vereinbaren mit politischer Subordination des Parlamentes. Mag es demnach auch noch so richtig und über jeden Zweifel erhaben sein, daß vermöge der historischen Stellung des deutschen Monarchenthums der deutsche Monarch die politische Staatsmacht in seiner Hand vereinige, so ist damit noch nicht schon als selbstverständlich feststehend und keines weiteren Beweises bedürfend erwiesen, daß der deutsch-constitutionelle Monarch auch in juristischem Sinne alle Staatsgewalt in sich vereinige. Vielmehr kann die Frage, ob der Monarch auch in juristischem Sinne Träger der Staatsgewalt sei, nur dadurch festgestellt werden, daß man die gesetzlichen Detailbestimmungen bezüglich jeder einzelnen Function der Staatsgewalt prüft und constatiert, ob gemäß denselben wirklich jede einzelne Function der Staatsgewalt dem Monarchen allein zur Ausübung zusteht [3].

---

[1] Siehe S. 86 ff.

[2] Vgl. auch die treffende Bemerkung von Jellinek a. a. O., S. 429.

[3] Diese Constatierung hier vorzunehmen, ist nicht meine Aufgabe. Aber es sei mir gestattet, darauf hinzuweisen, daß Jellinek a. a. O., S. 620 ff. (vgl. auch S. 619), diese Constatierung vornimmt und dabei in höchst dankenswerten Darbietungen zu dem Resultate kommt, daß der Satz, der Monarch vereinige in sich alle Staatsgewalt, bezüglich der

§. 25. Fortsetzung.

3. Das Argument der zeitlichen Aufeinanderfolge.

Ein weiteres Argument dafür, dass trotz der über das zu erlassende Gesetz stattfindenden Vereinbarung von Parlament und Monarch dennoch letzterer allein der Gesetzgeber sei, findet die herrschende Lehre darin, dass der Monarch es sei, welcher durch seine Willensentschließung, die Sanction, den „Gesetzentwurf zum Gesetz erhebt“ [1]; nur durch die

---

modernen constitutionellen Monarchie einer juristischen Prüfung nicht standzuhalten vermag, und dass daher das „monarchische Princip rein politischer Natur ist“. Damit ist endlich einmal auch in dieser Frage der politische vom juristischen Gesichtspunkt mit wünschenswerter Schärfe getrennt. (Vgl. dazu auch Jellinek a. a. O., S. 504.) Siehe übrigens bereits die trefflichen Ausführungen bei Merkel, Jurist. Encyklopädie, S. 190 f., 227 f., und Seligmann, Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge, S. 261 ff., ferner die richtige Bemerkung bei Hänel, Staatsrecht, I. S. 93, an welchen sich Frormann im Arch. f. öff. R. XIV., S. 87, anschließt, endlich neuestens R. Schmidt, Allg. Staatslehre, I. S. 232 f.

[1] K. E. Schmid, Lehrb. d. gem. d. St.-R., I. § 48; v. Aretin a. a. O., I. S. 186: „Er (sc. der Monarch) heiligt das Gesetz.“ Weiß, System d. d. St.-R., S. 662; Weiß, Hess. St.-R., I. S. 145 Z. 6; Pözl, Lehrb. d. bayr. Verf.-R., S. 413, vgl. auch Bayr. Verf.-R., S. 298; Bluntschli, Lehre vom modernen Staat, II. S. 107, vgl. auch I. S. 494; H. A. Zachariä, D. St.- u. B.-R., I. S. 85; Zöpfl, Grundsätze d. gem. d. St.-R., II. S. 324; Held, System d. Verf.-R., II. S. 490; v. Held, Allg. Staatsrecht, S. 460, vgl. auch S. 427; v. Gerber, Grundzüge, S. 151; v. Rönne, Preuß. St.-R., I. S. 390; H. Schulze, Preuß. St.-R., II. S. 21 f.; H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 525 f. Auch Linde, Arch. f. d. civil. Praxis XVI., S. 329, operiert mit diesem Argumente, wenn er sagt: „Wenn das Wesen der Gesetzgebung in der Aufstellung einer rechtlichen Nothwendigkeit für das äußere Handeln der Bürger besteht, so ist auch bloß die Anerkennung der Nothwendigkeit (Sanction) der eigentliche Act des Gesetzgebens.“ Endlich ist hier zu nennen: v. Kirchenheim, Lehrb. d. d. St.-R., S. 113. Hin und wieder hat auch die Legislative sich dieses Argumentes bemächtigt; so z. B. heißt es bereits in einer Bekanntmachung der Landesregierung zu Weimar vom

freie Entſcheidung des Monarchen werde der Geſetzentwurf zum Geſetz. Dieſe Argumentation ſtützt ſich auf die Thatſache, daſs die rechtlich relevanten Erklärungen von Parlament und Monarch, daſs ſie den Geſetzentwurf als Geſetz wollen, in einem geſetzlich fixierten Turnus ſtehen: Erſt wenn das Parlament, reſpective beide Kammern des Parlamentes, erklärt haben, daſs ſie den Geſetzentwurf als Geſetz wollen, kommt der Monarch in die Lage, auch ſeinerſeits mit rechtlicher Relevanz zu erklären, daſs er den Geſetzentwurf als Geſetz wolle[1]. Eine Folge dieſer rechtlichen Thatſache iſt die, daſs thatſächlich die letzte Entſcheidung darüber, ob der Geſetzentwurf Geſetz werden wird oder nicht, ſtets beim Monarchen liegt. Allein ich ſehe nicht ein, warum dadurch in der Thätigkeit des Monarchen gegenüber der Thätigkeit des Parlamentes ein Plus gelegen ſein ſoll, mit der Wirkung, daſs der Monarch allein den Geſetzentwurf zum Geſetz erhebt, alſo allein der Geſetzgeber ſei. Wäre dem ſo, dann müſste in Republiken mit Zwei-Kammer-Syſtem jene Kammer den Geſetzgeber darſtellen, welche ſich jeweils zuletzt mit dem Geſetzentwurfe befaſst. Eine derartige Argumentation iſt, wie Br. Schmidt[2] ſehr richtig bemerkt, ebenſo wenig am Platze, „wie jemand, der eine von zwei je mit 100 Centnern belaſteten und daher im Gleichgewicht befindlichen Wagſchalen durch

15. Mai 1821 (Regierungsblatt vom Jahre 1821, S. 489): „Die landesfürſtliche Sanction iſt es einzig und allein, die einen von der Staatsregierung dem Landtage vorgelegten, von ihm geprüften und gebilligten oder auch von dem Landtage ſelbſt ausgegangenen Geſetzentwurf erſt zum wirklichen Geſetz erhebt."

[1] Mit dieſem Satze ſteht nicht etwa die Thatſache in Widerſpruch, daſs der Monarch auch ſchon vor der Annahme des Geſetzentwurfes durch das Parlament eine rechtlich relevante Willensäußerung bezüglich des Geſetzentwurfes abgeben kann, dann nämlich, wenn er dem Miniſterium die Ermächtigung oder den Auftrag ertheilt, den Geſetzentwurf als Regierungsvorlage an das Parlament gelangen zu laſſen. Wie unten (S. 159 ff.) ausgeführt werden wird, iſt der rechtliche Inhalt dieſer letzteren monarchiſchen Willenserklärung nicht der, daſs er den Geſetzentwurf als Geſetz wolle, ſondern nur der, daſs der Geſetzentwurf als Berathungsgegenſtand an die Kammern gehen ſolle.

[2] Der Staat, S. 39.

seine auf die andere Seite drückende Körperkraft zum Emporsteigen bringt, behaupten darf, er hätte 100 Centner gehoben". Nicht die Erklärung des Monarchen, sondern die Erklärungen von Parlament und Monarch gemeinsam, erheben den Gesetzentwurf zum Gesetze. Denn lediglich deshalb, weil vor dem Monarchen das Parlament die Erklärung abgegeben hat, dass es den Gesetzentwurf als Gesetz wolle, hat jetzt die Erklärung des Monarchen, dass er den Gesetzentwurf als Gesetz wolle, die zeitlich unmittelbare Folge, dass der Gesetzentwurf zum Gesetz wird. Nur zeitlich steht die Erklärung des Monarchen dem Gesetze näher als die Erklärung des Parlamentes. In causaler Beziehung stehen beide Erklärungen dem Gesetze völlig gleich nahe — und dieses causale Moment soll ja durch das Wort „Zum Gesetz erheben" angedeutet werden! Das Entstehen des Gesetzes hängt also von der Erklärung des Parlamentes ebenso ab, wie von der des Monarchen. Dem Zusammentreffen der beiden Willenserklärungen von Parlament und Monarch verdankt das Gesetz sein Inslebentreten[1].

Man hat nun dem gegenüber den Versuch gemacht, mit Hilfe des zeitlichen Momentes der Aufeinanderfolge der Erklärungen von Parlament und Monarch eine inhaltliche Verschiedenheit dieser beiden Erklärungen zu construieren, um auf Grund derselben dem Monarchen allein die Gesetzgeberschaft zusprechen zu können. Am schärfsten finden wir diese vermeintliche Inhaltsverschiedenheit formuliert bei Rosin, welcher behauptet, das Parlament erkläre, dass der Gesetzentwurf durch die Sanction „Gesetz werden" solle, der Monarch dagegen, dass der Gesetzentwurf „Gesetz sein" solle[2].

---

[1] Vgl. hierher auch die trefflichen Ausführungen von Seligmann a. a. O., S. 271 f.; Frormann a. a. O., S. 87 f.

[2] Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl. 1895, S. 230 Anm. 17, und, ihm sich anschließend, Zolger, Österreichisches Verordnungsrecht, 1898, S. 177[2]. In ähnlicher Weise finden wir bereits bei Pözl, Bayr. Verf.-R., S. 298, die Sanction definiert als „die Erklärung des Königs, dass der mit der Zustimmung der Stände versehene Entwurf rechtsverbindlich für die Unterthanen sein solle". In neuerer Zeit ist dieser Gedanke ausgesprochen bei v. Seydel in v. Holtzendorff's

In Wahrheit aber liegt hier eine Verschiedenheit des Inhaltes der beiden Erklärungen, soweit sie wirklich Willenserklärungen über den Gesetzentwurf sind, nicht vor. Durch das „Gesetz sein" soll gegenüber dem „Gesetz werden" lediglich auf die rechtliche Thatsache hingedeutet werden, dass nach dem Monarchen kein Factor mehr über die Existenz des Gesetzes zu entscheiden habe. Und ebenso enthält auch das „Gesetz werden" des Parlamentes nichts anderes als die Constatierung der anderen Thatsache, dass nach dem Parlamente noch ein anderer Factor, nämlich der Monarch, über die Existenz des Gesetzes zu entscheiden hat. Die Verschiedenheit der beiden von Parlament und Monarch ausgesprochenen Sätze liegt also lediglich darin, dass in dem vom Parlamente ausgesprochenen Satze eine andere rechtliche Thatsache constatiert wird, als in dem vom Monarchen ausgesprochenen. Soweit aber beide Sätze nicht als Erklärung (Mittheilung) von rechtlichen Thatsachen, sondern als Willenserklärungen in Betracht kommen, ist ihr Inhalt vollständig gleich: In jedem der beiden Sätze wird erklärt, dass der betreffende Factor den Gesetzentwurf als Gesetz will[1]. Das Gesagte wird uns klar, wenn wir die beiden Sätze in ihre Bestandtheile zerlegen: Der Satz des Parlamentes: „Ich

Jahrbuch 1878, S. 424 („Sanction ist die Erklärung des Inhabers der gesetzgebenden Gewalt . . ., dass er einen Satz zu seinem Willen und hiermit zum Rechtssatze mache."), und bei v. Sarwey, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 2 Bde. 1883, II. S. 61 Zus. 1 („Der Gesetzentwurf wird Gesetz erst durch die Kundgebung der Entschließung des Staatsoberhauptes, dass er Gesetz sein solle").

[1] Dies wird jetzt von v. Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1884 (in v. Marquardsen's Handb. d. öff. R., 1. Aufl.), S. 24, auch zugegeben: „Nicht die Thatsache, dass die gesetzgebenden Factoren über einen Rechtssatz einig sind, mit nachfolgendem Befehl des Staatsoberhauptes macht die Willensäußerung derselben zu einem Gesetz, sondern der Wille beider gesetzgebenden Factoren muss darauf gerichtet sein, dass ein den Willen der einzelnen bestimmender Ausspruch, der Rechtssatz, befolgt werde." Wenn der genannte Schriftsteller sich nichtsdestoweniger zur herrschenden Lehre bekennt (s. unten S. 107, 107[4], 107[9]), so hat das seinen Grund darin, dass er sich von dem Argumente leiten lässt, dass der Monarch allein den aatlichen Gesetzeswillen „ausspreche" (vgl. unten S. 194 ff.).

will, dass der Gesetzentwurf durch die Sanction des Monarchen Gesetz werden solle", zergliedert sich in die Willenserklärung: „Ich will den Gesetzentwurf als Gesetz", und in die Constatierung der Thatsache: „Zum Eintritte dieses hiermit von mir gewollten rechtlichen Effectes ist aber noch die Sanction des Monarchen erforderlich." In analoger Weise zerfällt auch der Satz des Monarchen: „Ich will, dass der Gesetzentwurf Gesetz sein solle", in die Willenserklärung: „Ich will den Gesetzentwurf als Gesetz", und in die Constatierung der Thatsache: „Dieser von mir hiermit gewollte rechtliche Effect tritt sofort nach Abgabe dieser meiner Willenserklärung ein, weil nach mir kein Factor mehr über die Existenz desselben zu entscheiden hat." Die Inhaltsverschiedenheit der beiden Willenserklärungen von Parlament und Monarch ist also nur eine scheinbare. Wäre dem nicht so, dann würde ja auch bei der Abstimmung über einen Antrag auf Einleitung des Minister-Anklage-Verfahrens der letzte zur Abstimmung gelangende Abgeordnete, wenn derselbe durch seine Abstimmung die erforderliche Majorität gerade voll machen würde, eine von den Erklärungen der übrigen gleichgesinnten Abgeordneten wesentlich verschiedene Willenserklärung abgegeben, was zu behaupten doch wohl niemandem einfallen wird.

Der Grund dafür, dass das Moment der zeitlichen Aufeinanderfolge der beiden Willenserklärungen von Parlament und Monarch dazu benützt wird, um daraus für die Thätigkeit des Monarchen in der Gesetzgebung ein rechtliches Plus zu machen, liegt — so glaube ich — darin, dass man wieder einmal den politischen mit dem juristischen Gesichtspunkte verwechselt. Vom Standpunkte des politischen Einflusses allerdings ist es nicht gleichgiltig, ob die zeitlich erste Willenserklärung vom Parlamente oder vom Monarchen abgegeben wird[1]. Der Monarch befindet sich mit seiner über den Gesetzentwurf abzugebenden Willensäußerung in

[1] Dies finden wir bereits bei Moser, Von der Landeshoheit in Regierungssachen, S. 312, und Murhard, Die Initiative bei der Gesetzgebung, S. 148, richtig hervorgehoben. Auch Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 507, hat offenbar diese politische Seite der Frage im Auge.

der „Hinterhand“ [1]. Er ist in seiner Entscheidung noch zu einer Zeit frei, in welcher die übrigen Factoren der Gesetzgebung bereits gebunden sind. Das bedeutet natürlich eine ganz hervorragende Verstärkung seiner politischen Machtstellung, und zwar auf Kosten der des Parlamentes [2]. Denn schließlich hängt es doch nur mehr einzig und allein von *seinem* Willen ab, ob der Gesetzentwurf zum Gesetz werden wird oder nicht; alle politischen Aspirationen, welche das neue Gesetz anstreben oder die Gesetzesvorlage bekämpfen, werden schließlich an seine Person allein appellieren müssen; daran, dass kurz vorher das Parlament ebenfalls eine solche Willenserklärung hatte abgeben müssen, denkt man dabei gar nicht mehr, aller Augen sind nur auf den Monarchen gerichtet. Und dieser Vorgang wiederholt sich bei jedem Gesetze! Vom *politischen* Standpunkte aus mag es also richtig sein, dass vermöge des Momentes der zeitlichen Aufeinanderfolge die Betheiligung des Parlamentes am Zustandekommen eines Gesetzes sich anders ausnimmt, als die Betheiligung des Monarchen. Aber eine *juristische* Verschiedenheit wird dadurch *nicht* begründet [3] [4].

---

[1] Hänel, Studien, II. S. 151 f.; Frormann a. a. O., S. 88.

[2] Vgl. auch Frormann a. a. O.

[3] Vgl. Frormann a. a. O.

[4] Nach all dem Gesagten bedarf es wohl keiner weiteren Widerlegung, wenn einige Schriftsteller sich so weit versteigen, sogar die Thatsache, dass der Publicationsauftrag vom Monarchen allein ausgeht, im Sinne der herrschenden Lehre zu verwerten und darauf hinzuweisen, dass vermöge dieser Thatsache die Gesetze „durch *seinen* (sc. des Monarchen) Willensact .... erst zu rechtsverbindlichen Normen für die Staatsbürger“ werden. Hierher gehören: K. E. Schmid a. a. O.; Jordan, Versuche über allg. St.-R., S. 151 Anm.; Weiß, System d. d. St.-R., S. 662; Weiß, Hess. St.-R., I. S. 145 Z. 6; v. Rönne a. a. O., I. S. 155; mit ihm wörtlich übereinstimmend H. Schulze, Preuß. St.-R., I. S. 159; H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 190; Rönne—Zorn, Preuß. St.-R., I. S. 208.

§ 26. Fortsetzung.

4. Der Monarch allein spricht den staatlichen Gesetzeswillen aus.

In gewissem Sinne verwandt mit dem Argument der zeitlichen Aufeinanderfolge ist ein weiteres Argument, welches dazu dienen soll, zu beweisen, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei. Der Monarch allein, so meint man, spreche den staatlichen Gesetzeswillen aus; der Monarch allein sei es daher, welcher den im Gesetze enthaltenen Befehl ertheilt, das „Ich verordne" des Gesetzgebers ausspricht, der Monarch allein erlasse das Gesetz; darin liege der eigentliche Gesetzgebungsact; die Vereinbarung, welche zwischen Parlament und Monarch über das zu erlassende Gesetz stattfindet, sei nur ein Stadium der „Vorbereitung". Dieses Argument hat übrigens hier nur durch mich eine so breite Darstellung gefunden. In Wirklichkeit führt es in dem in Rede stehenden Zeitabschnitte eine nur sehr bescheidene Existenz, indem es, wenn überhaupt einmal von einem Schriftsteller aufgegriffen, nur einer flüchtigen, wenig tief dringenden Behandlung gewürdigt wird. Und doch ist dieses Argument eines der besten und stärksten, die man dafür vorbringen kann, dass trotz der bei jedem Gesetze zwischen Parlament und Monarch stattfindenden Vereinbarung dennoch der Monarch allein der Gesetzgeber sei. Diese Thatsache hat Laband mit genialem Blick erkannt und daher in erster Linie das erwähnte Argument zum Ausgangspunkt genommen, als er darangieng, die herrschende Lehre auf eine neue und bis heute so ziemlich unerschütterte Basis zu stellen. Erst seit Laband also ist jenes Argument voll und ganz zu Worte gekommen. Wir werden daher dasselbe erst bei Besprechung der Theorie Laband's und seiner Nachfolger einer Prüfung unterziehen[1] (s. unten S. 194 ff.), dürfen aber, um zu einem Abschluss zu gelangen, schon jetzt vorwegnehmen, dass es bei näherer Betrachtung sich ebenfalls als vollkommen unbrauchbar erweist.

[1] Auch die ohnehin magere Litteratur wird erst dort zur Besprechung gelangen.

§ 27. Schluſs.

Reſumé.

Das Reſultat, zu welchem wir bei Betrachtung der herrſchenden Lehre bis Laband gelangt ſind, iſt allerdings nur ein negatives: Wir haben gefunden, daſs keines der Argumente, welche die herrſchende Lehre zu Gunſten ihrer eigenen Richtigkeit anführt, ſtichhältig iſt. Aber mehr als dieſe negative Thatſache brauchen wir vorderhand auch gar nicht. Das poſitive Reſultat wird — ſo dürfen wir hoffen — nicht ausbleiben, haben wir nur erſt einmal die herrſchende Lehre in der Geſtalt, welche ſie durch Laband erhalten hat, kennen gelernt.

Zu dieſem negativen Reſultate bezüglich des Problems geſellt ſich auch noch die Erkenntnis, wie nothwendig es ſpeciell bei ſtaatsrechtlichen Unterſuchungen iſt, den politiſchen vom juriſtiſchen Geſichtspunkte ſcharf zu trennen. Daſs in dieſer Disciplin, insbeſondere in politiſch bewegten Zeiten, die Verſuchung, beides mit einander zu vermengen, ganz beſonders ſtark iſt, hat gerade die bisherige Prüfung der herrſchenden Lehre zur Genüge gezeigt.

III. Abſchnitt.

Die herrſchende Lehre ſeit Laband.

I. Capitel.

Die Theorien Laband's und Jellinek's.

§ 28. Die Theorie Laband's.

Laband hat die herrſchende Lehre, wie ſchon mehrfach erwähnt, auf einen ganz neuen Boden geſtellt. Dies bedeutet ein unvergängliches Verdienſt. Denn erſt durch ſeine Ausführungen über das Problem wurde der Anſtoß zu einer vertieften Durchforſchung desſelben gegeben. Er iſt, wie in ſo vielen anderen, ſo auch in dieſer Frage, der Vorkämpfer moderner Publiciſtik.

Als Anhänger der herrſchenden Lehre bekennt ſich Laband ſowohl zu dem Vereinbarungsſtandpunkte, als auch zu der Anſicht, daſs der Monarch allein der Geſetzgeber ſei. In der Art nun, wie er beides mit einander in Einklang zu bringen ſucht, liegt das Neue ſeiner Theorie.

Sein Hauptbeſtreben geht nämlich dahin, den Vereinbarungsact, theoretiſch wenigſtens, möglichſt reinlich zu ſcheiden von dem eigentlichen legislatoriſchen Hoheitsacte. Dadurch kommt er zu der Unterſcheidung von Geſetzesinhalt und Geſetzesbefehl.

Dieſe Theorie Laband's läſst ſich in folgende Sätze kurz zuſammenfaſſen: „Der im Geſetz zu Tage tretende Wille iſt ſtets ein Befehl“[1], und dieſer „Geſetzesbefehl“[2] wird vom Monarchen

[1] Laband, Staatsrecht, 1. Aufl., II. 1878, S. 4; 3. Aufl., I. 1895, S. 490.

[2] Laband a. a. O., 1. Aufl., II. S. 5; 3. Aufl., I. S. 490.

allein ertheilt[1]. Dieſe Handlung des Monarchen iſt die Sanction. Sie iſt „der Kernpunkt des ganzen Geſetzgebungsvorganges“[2]. In ihr „kommt der ſtaatliche Herrſchaftswille unmittelbar zum Ausdrucke“[2]. Geſetzgeber iſt mithin der Monarch allein. Wenn nun auch das Parlament an dem Erlaſs der Geſetze, d. h. an der Ertheilung des „Geſetzesbefehles“, gänzlich unbetheiligt iſt, ſo hat es doch wenigſtens an der „Schaffung oder Formulierung des Geſetzesinhaltes“[3], an der „Feſtſtellung deſſen, was Geſetz werden ſoll“[4], ſeinen wohlbemeſſenen Antheil. „Die Volksvertretung hat . . . mit der Regierung den Inhalt zu vereinbaren. Der Wortlaut der anzuordnenden Rechtsregeln iſt bereits vor dem Erlaſs des Geſetzes auf dem im Verfaſſungsrecht vorgezeichneten Wege fixiert; der Souverän kann an demſelben nichts ändern, er hat nur darüber die Freiheit der Willensentſchließung, ob er den Befehl ertheilen will, daſs dieſer Wortlaut Geſetz werde“[5].

Aus der Vorführung dieſer markanteſten Stellen[6] dürfte die rechtliche Stellung, welche Laband dem Parlamente in der Geſetzgebung einräumt, mit genügender Deutlichkeit zu erkennen ſein: Es hat an der Geſetzgebung ſelbſt keinen Antheil; denn dieſe iſt Sache des den Geſetzesbefehl[7] ertheilenden Monarchen. Wohl

---

[1] Laband a. a. O., 1. Aufl., II. S. 6; 3. Aufl., I. S. 491 f.

[2] Laband a. a. O., 1. Aufl., II. S. 30; 3. Aufl., I. S. 513.

[3] Laband a. a. O., 3. Aufl., I. S. 491.

[4] Laband a. a. O., 1. Aufl., II. S. 6; 3. Aufl., I. S. 491.

[5] Laband a. a. O., 1. Aufl., II. S. 6; 3. Aufl., I. S. 492.

[6] Bezüglich der übrigen Ausführungen Laband's über unſer Problem vgl. namentlich a. a. O., 1. Aufl., II. S. 4—10, 24—34; 3. Aufl., I. S. 223, 490—498, 508—518; ferner Laband, Das Staatsrecht des Deutſchen Reiches, 1894 (in Marquardſen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl.), S. 76 ff., 79 ff.

[7] Nach Laband müſste alſo, ſoll die Sanction wirklich ſtets ein Befehl ſein, jedes Geſetz einen Befehl der Staatsgewalt enthalten. Ob dies auch wirklich der Fall iſt, muſs ſelbſt dann dahingeſtellt bleiben, wenn wir nur an jene formellen Geſetze denken, die zugleich materielle Geſetze ſind. Allein wir brauchen uns um dieſe Frage hier nicht zu kümmern.

aber nimmt es gemeinsam mit der „Regierung“ die Feststellung des Gesetzesinhaltes vor[1].

Denn selbst dann, wenn nicht jedes Gesetz einen Befehl enthielte, würde doch wenigstens die größere Mehrzahl der Gesetze einen Befehl der Staatsgewalt bedeuten, und für jene Gesetze, bei denen dies nicht zutreffen würde, müsste einfach in den terminus „Gesetzesbefehl“ statt des Wortes „Befehl“ ein anderer Ausdruck, z. B. das farblosere Wort „Anordnung“ eingesetzt werden, ohne dass sich dadurch an dem principiellen Standpunkte der Laband'schen Theorie auch nur das Geringste ändern würde. Daraus ergibt sich, dass die Polemik Rosenberg's in Hirth's Annalen 1900, S. 591 ff., gegen Laband, selbst wenn sie an und für sich gerechtfertigt sein sollte, eine Widerlegung der Laband'schen Gesetzgebungstheorie nicht bedeutet. Nach all dem können wir der Einfachheit halber auch in Zukunft an dem Laband'schen Ausdruck „Gesetzesbefehl“ schlechthin für alle Gesetze ruhig festhalten.

[1] Den Standpunkt Laband's nehmen ein: Zorn, Staatsrecht, I. S. 407 ff., vgl. auch Zorn in v. Holtzendorff's Rechtslexikon, 3. Aufl. 1880, I. S. 437, III. S. 411 f., in Hirth's Annalen 1889, S. 357 f., und in der deutschen Litteraturzeitung 1889, Spalte 1426; Hensel in Hirth's Annalen 1882, S. 24; Ulbrich, Lehrb. d. österr. St.-R., S. 387 f.; Ulbrich, Österreichisches Staatsrecht, 1894 (in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl.), S. 36; v. Sarwey, Württ. St.-R., II. S. 61 Zus. 1, vgl. auch S. 59 f.; Gareis, Allg. Staatsrecht, S. 78, 175; Seligmann, Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne, 1886, S. 131 ff. (dagegen vertritt er in seinem späteren Werke „Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge“ den Standpunkt vollster Coordination von Parlament und Monarch; vgl. unten S. 227[4]); Cosack, Das Staatsrecht des Großherzogthums Hessen, 1894 (in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl.), S. 55; Gaupp, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 1895 (ebenda), S. 172 f.; Wielandt, Das Staatsrecht des Großherzogthums Baden, 1895 (ebenda), S. 165; Arndt, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1901, S. 177, 180 (vgl. auch Arndt, Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, 1884, S. 11, und Arndt in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft, herausgeg. von Birkmeyer, 1901, S. 827, 842, 850 f.). Ferner Pröbst in Hirth's Annalen 1882, S. 287; A. S. Schultze, Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung, I. 1883, S. 87; Wach, Handbuch des deutschen Civilprocessrechtes, I. 1885, S. 256[3]; Dantscher v. Kollesberg, Die politischen Rechte der Unterthanen, 1. Lief. S. 97; Klöppel, Gesetz und Obrigkeit, 1891, S. 94 ff.; Lingg, Staatsrechtliche Stellung der im Reichs-

In der Laband'schen Formulierung behauptet die herrschende Lehre bis auf den heutigen Tag siegreich das Feld.

§ 29. Die Vorläufer Jellinek's.

In einem Punkte allerdings musste die Laband'sche Theorie eine Modification erfahren, nämlich bezüglich der vollständigen Separation der Ertheilung des Gesetzesbefehles von der Feststellung des Gesetzesinhaltes[1]. Die Veranlassung hierzu war naheliegend genug: Feststellung des Gesetzesinhaltes ist ja, soweit die juristische Seite der Sache in Betracht kommt, nichts anderes als die Erklärung, dass man den eben formulierten Satz

---

rathe vertretenen Königreiche und Länder, S. 18; Regelsberger, Pandekten, I. S. 91; Hauke, Die geschichtlichen Grundlagen des Monarchenrechts, S. 107 f.; Apel, Landesherrliche Gewalt des Kaisers in Elsaß-Lothringen, 1895, S. 24; Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 1900, S. 13; Geffcken, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 55, 72 f.; Eiswaldt, Die Rechte des Deutschen Kaisers an der Gesetzgebung, 1901, S. 5 ff. Im großen und ganzen steht auch Binding in der Krit. V. J. Schr., N. F. II., S. 550 (vgl. auch Binding, Handbuch des Strafrechtes, I. 1885, S. 197), auf dem Standpunkte Laband's, nur dass er an die Stelle der Ausdrücke „Gesetzesinhalt" und „Gesetzesbefehl" die termini „Rechtsgedanke" und „Rechtswille" setzt. Übrigens erklärt sich die Thatsache, dass er den Ausdruck „Gesetzesbefehl" nicht bloß in der oben (S. 103[7]) erwähnten Beziehung eingeschränkt, sondern überhaupt vermieden wissen will, daraus, dass er den Begriff „Befehl" viel zu eng fasst. Gleiches gilt von A. Affolter in Grünhut's Zeitschr. XVIII., S. 724 ff.

[1] Laband, Staatsrecht, 2. Aufl., I. 1888, S. 516[1], 3. Aufl., I. S. 492[1], allerdings glaubt, diesem Vorwurf formalistischer Separation dadurch zu entgehen, dass er behauptet, der von ihm „entwickelte Gegensatz von Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl" sei „mehrfach missverstanden und entstellt worden". (Hierbei secundiert ihm Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preußen, S. 34.) Ich halte diese Bemerkung Laband's für unzutreffend. Vielmehr finden wir bei ihm die erwähnte formalistische Separation thatsächlich vor. Gerade die Ausführungen im Haupttexte jener Seite, auf welcher er den Vorwurf der Separation zurückweist (2. Aufl., I. S. 516, 3. Aufl., I. S. 492, aus der 1. Aufl., II. S. 6, unverändert übernommen), zeigen dies zur Genüge.

als Inhalt eines Gesetzes wolle[1]. Infolge dessen glaubte man gegenüber Laband hervorheben zu müssen, dass die Feststellung des Gesetzesinhaltes zur Ertheilung des Gesetzesbefehles begrifflich nothwendiger Weise in Beziehung stehen müsse. Die Erkenntnis dieser Wahrheit ist für die Lösung unseres Problems von großer Bedeutung. Als Erster hat Gierke dem erwähnten Gedanken Ausdruck verliehen — allerdings in etwas unklarer Form: „Man kann nicht wollen, dass etwas Recht sei, ohne zugleich zu wollen, dass es bindende Kraft habe" [2]. Bald darauf sagt H. Schulze [3] in demselben Sinne: „Feststellung eines Rechtssatzes bedeutet nicht bloß Aufstellung eines theoretischen Satzes oder eines wissenschaftlichen Axioms . . . ." Nur ist der Nachsatz fehlerhaft, welcher lautet: „ . . . sondern einer rechtsverbindlichen Norm, welche den

---

[1] Einzig und allein diese Erklärung des Parlamentes, dass es den Gesetzesinhalt wolle, ist der juristische Kern in der auf den Gesetzesinhalt sich beziehenden Function des Parlamentes. Gewöhnlich allerdings bezeichnet man diese seine Function als „Feststellung des Gesetzesinhaltes". Allein das ist juristisch incorrect. Denn man muss zwischen rechtlicher und technischer Function des Parlamentes scharf unterscheiden. Seine rechtliche Function besteht, wie eben erwähnt, einzig und allein in der zum Zustandekommen des Gesetzes erforderlichen Abgabe der Erklärung, dass es den Gesetzesinhalt wolle. Ihrethalben wird die Mitwirkung des Parlamentes bei der Gesetzgebung überhaupt erfordert. Und wenn das Parlament gleichzeitig mit dieser rechtlichen Function auch die technische Function versieht, dass es den Gesetzesinhalt feststellt, mit anderen Worten den Wortlaut der anzuordnenden Rechtsregeln formuliert, so ist das nur eine secundäre Erscheinung, hervorgehend aus der primären Thatsache, dass unter den beiden Factoren, deren Willenserklärungen über den Gesetzesinhalt zum Zustandekommen eines Gesetzes erforderlich sind — nämlich Parlament und Monarch — zuerst das Parlament und erst dann der Monarch seine Erklärung abzugeben hat (und zwar gilt dies auch für Regierungsvorlagen; vgl. darüber S. 159 ff.). Das Parlament hat eben in der Gesetzgebung die Rechtsstellung der Vorhand, der Monarch die der Hinterhand. — Vermöge der erwähnten rechtlichen Function unterscheidet sich das Parlament wesentlich von einer Gesetzgebungscommission. (Vgl. darüber S. 120[1].)

[2] Gierke in Grünhut's Zeitschr. VI., S. 229.

[3] Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 527 Anm.

Befehl, ihr zu folgen, nothwendig in ſich trägt“ [1]. Der richtige Gegenſatz iſt vielmehr der, daſs derjenige, welcher einen Satz als Geſetzesinhalt formuliert, denſelben nicht als „wiſſenſchaftliches Axiom“ aufſtellt, ſondern will, daſs dieſer Satz Inhalt eines zukünftigen Geſetzes werden ſoll. Dies letztere iſt auch die Auffaſſung von Roſin [2] und Fricker [3]. Noch ſchärfer endlich findet ſich die Beziehung der Feſtſtellung des Geſetzesinhaltes zur Ertheilung des Geſetzesbefehles formuliert bei v. Sarwey [4], Seidler [5] und v. Seydel [6], welche erklären, daſs die Feſtſtellung des Geſetzesinhaltes zugleich eine „Zuſtimmung“ zur Erlaſſung des Geſetzesbefehles bedeute.

Allein nicht nur von einer Beziehung der Feſtſtellung des Geſetzesinhaltes zur Ertheilung des Geſetzesbefehles glaubte man ſprechen zu müſſen, ſondern man ſah, daſs vice versa auch die Ertheilung des Geſetzesbefehles zur Feſtſtellung des Geſetzesinhaltes in enger Beziehung ſtehe. Fricker [7] und v. Seydel [8] haben das Verdienſt, auf dieſe Thatſache hingewieſen zu haben. Sie heben hervor, daſs derjenige, welcher den Geſetzesbefehl ertheilt, dadurch zugleich die Erklärung abgebe, daſs er den Geſetzesinhalt wolle.

So liefern alſo bereits dieſe Schriftſteller wertvolle, wenn auch nicht immer ganz klare Randbemerkungen zur Laband'ſchen Theorie [9].

---

[1] Vgl. die diesbezügliche Kritik unten S. 112[4].

[2] Das Polizeiverordnungsrecht, 1. Aufl. 1882, S. 151 Anm. 13; vgl. auch ſeither 2. Aufl. 1895, S. 230 Anm. 17.

[3] Die Verpflichtung des Kaiſers zur Verkündigung der Reichsgeſetze, S. 31.

[4] Allg. Verwalt.-Recht, S. 25[1]; vgl. auch S. 24 f.

[5] Budget und Budgetrecht, S. 203.

[6] Staatsrecht, 1. Aufl., 1. Abdruck, III. 1887, S. 542. Vgl. auch ſeither v. Seydel, Staatsrecht, 1. Aufl., 2. Abdruck, III. S. 542; v. Seydel, Commentar zur Verfaſſungsurkunde für das Deutſche Reich, 2. Aufl. 1897, S. 116.

[7] A. a. O., S. 31.

[8] Staatsrecht, 1. Aufl., 1. Abdruck, III. S. 548. Vgl. auch ſeither: v. Seydel, Staatsrecht, 1. Aufl., 2. Abdruck, III. S. 548; v. Seydel, Commentar, S. 116.

[9] Im übrigen aber ſtehen dieſelben, ſoweit eben nicht ihre erwähnten kritiſchen Bemerkungen in Betracht kommen, auf dem Standpunkte Laband's.

§ 30. Die Theorie Jellinek's.

Die Resultate dieser Erörterungen seiner Vorläufer fasste Jellinek[1] zu einer einheitlichen, klaren Theorie zusammen: Es sei Laband darin gewiss beizupflichten, dass das Parlament die Feststellung des Gesetzesinhaltes, der Monarch die Ertheilung des Gesetzesbefehles vornehme. Allein indem das Parlament die Feststellung des Gesetzesinhaltes vornehme, gebe es gleichzeitig seine Zustimmung zur Ertheilung des Gesetzesbefehles durch den Monarchen. Und umgekehrt: Indem der Monarch den Gesetzesbefehl ertheile, erkläre er damit zugleich auch, dass er den Gesetzesinhalt wolle[2].

Siehe Gierke a. a. O.; H. Schulze a. a. O., II. S. 117 f.; Rosin a. a. O.; v. Sarwey a. a. O., S 24 f.; Seidler a. a. O., S. 203 f.; v. Seydel, Staatsrecht, 1. Aufl., 2. Abdruck, III. S. 548 ff., 572, 610 (vgl. auch v. Seydel in Holtzendorff's Jahrbuch 1878, S. 424; v. Seydel in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 117 f.; v. Seydel, Commentar, S. 115 ff.; v. Seydel in Hirth's Annalen 1898, S. 753; ebenda 1900, S. 356 f.). Nur Fricker bildet eine Ausnahme. Derselbe ist nämlich bezüglich der Gesetzgebung in der Monarchie ein Gegner des Vereinbarungsstandpunktes im allgemeinen und daher auch ein Gegner der Laband'schen Construction im besonderen. (Vgl. namentlich a. a. O., S. 14 ff.) Auf die deutsche Reichsgesetzgebung dagegen will er (a. a. O., S. 30 f.) die Laband'sche Construction, mit seinen von uns erwähnten Verbesserungen versehen, anwenden, und zwar bezüglich des Verhältnisses zwischen Bundesrath und Kaiser — ein Weg, auf welchem ihm bekanntlich niemand gefolgt ist.

[1] Gesetz und Verordnung, S. 316 ff.

[2] Auf dem Standpunkte Jellinek's steht vor allem G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 32 ff., 56 f. (vgl. auch S. 22 ff.), Lehrb. d. d. St.-R., S. 509, 509[4], nur bringt er in Jellinek's Theorie insofern eine Nuance, als er (Der Antheil der Reichsorgane, S. 13) hinsichtlich der Thätigkeit des Parlamentes nicht, wie Jellinek, das Wollen des Gesetzesinhaltes als das Primäre, die Zustimmung zur Gesetzesbefehlsertheilung als das Secundäre, sondern umgekehrt Letzteres als die primäre Function des Parlamentes erklärt, während er das Erforderniss, dass das Parlament auch das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären hat, nur als Folgeerscheinung ansieht. Diese Abweichung G. Meyer's wird später (s. unten S. 124[2]) noch von Bedeutung werden.

Diese Theorie Jellinek's, welche sich kurz dahin charakterisieren lässt, dass sie die formalistische Separation der Ertheilung des Gesetzesbefehles von der Feststellung des Gesetzesinhaltes beseitigt, im übrigen aber den Standpunkt der Laband'schen Theorie vollständig aufrecht erhält [1], bedeutet für die Lösung unseres Problems einen gewichtigen Fortschritt. Sie stellt nämlich fest, dass Parlament und Monarch über den Gesetzesinhalt congruente Willenserklärungen abgeben: Im Annahmebeschluss erklärt das Parlament, im Sanctionsacte der Monarch, dass sie den Gesetzesinhalt wollen. Dementsprechend liegt die zwischen Parlament und Monarch über den Gesetzesinhalt stattfindende Vereinbarung in der Abgabe dieser beiden Willenserklärungen, und es erscheint auf solche Weise die Auffassung Laband's richtig gestellt, welcher glaubt, dass obige Vereinbarung schon vor der Vollziehung des Sanctionsactes, und zwar zwischen „Regierung" und „Volksvertretung", geschlossen werde, wobei er zweifellos an den parla-

---

Die Auffassung Jellinek's theilen ferner noch: Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 498 f.; Bornhak, Allg. Staatslehre, S. 175 f.; Brie im Arch. f. öff. R. IV., S. 18 f., vgl. auch §§ 2, 3 seines Art. „Landesherr" in v. Stengel's Wörterbuch d. d. Verw.-R.; Landesberger in Grünhut's Zeitschr. XVIII., S. 250; v. Stengel in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 169; Lustkandl im Österr. Staatswörterbuch, herausgeg. von Mischler—Ulbrich, I. 1895, S. 789, 795, 818, im Vgl. mit S. 785; Zolger, Österr. Verordnungsrecht, S. 177 [2]; Kulisch, Beiträge zum österr. Parl.-Recht, S. 10 f. Auch Fleischmann a. a. O., S. 34, 54 ff., gehört hierher und nicht, wie G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 509 [4], meint, unter die Anhänger der Laband'schen Theorie. Das zeigen seine Ausführungen a. a. O., S. 34, 34 Anm. 71, wo er Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 315 ff., zustimmend citiert. Dyroff in Hirth's Annalen 1889, S. 842, scheint zwar gegen die Lehre Laband's und Jellinek's Stellung zu nehmen, allein aus seinen Ausführungen a. a. O., S. 845 f., ergibt sich, dass er in Wirklichkeit doch auf dem Standpunkte der Theorie Laband's, und zwar in der ihr von Jellinek gegebenen Modification, steht.

[1] Diese seine Theorie spinnt Jellinek in seiner Allg. Staatslehre begreiflicherweise nicht fort, wohl aber gibt er daselbst, S. 622, 625, 639, zu erkennen, dass er an dem Standpunkte der herrschenden Lehre nach wie vor festhalte und den Monarchen als den alleinigen Gesetzgeber ansehe.

mentarischen Verkehr zwischen Regierung und Volksvertretung in den über den betreffenden Gesetzentwurf abgeführten Parlamentsdebatten denkt[1]. Dass dem nicht so sei, dass also die Vereinbarung nicht in den Parlamentssitzungen, sondern dadurch geschlossen werde, dass das Parlament im Annahmebeschluss, der Monarch im Sanctionsacte den Gesetzesinhalt acceptiert, das konnte einem erst seit dem Auftreten der Theorie Jellinek's zum klaren Bewusstsein kommen.

§ 31. Die Laband—Jellinek'sche Theorie.

Die Verbesserungen, welche Jellinek an der Laband'schen Theorie vorgenommen hat, sind von diesem letzteren vollinhaltlich acceptiert worden. Und das war auch nur consequent. Hatte er doch bereits seit einiger Zeit[2] sich im allgemeinen gegen das „gänzliche Auseinanderreißen" von Feststellung des Gesetzesinhaltes und Sanction erklärt. So wird denn in der zweiten Auflage seines „Staatsrechtes", ein Jahr seit dem Bestande der Jellinek'schen Theorie, sowie in der seither erschienenen dritten Auflage zugegeben, sowohl dass in der Thätigkeit des Parlamentes auch die Zustimmung zur Ertheilung des Gesetzesbefehles durch den Monarchen gelegen sei[3], als auch, dass in der Ertheilung des Gesetzesbefehles durch den Monarchen zugleich auch die Erklärung desselben gelegen sei, dass er den Gesetzesinhalt wolle[4].

---

[1] S. die S. 103 cit. Ausführungen Laband's, Staatsrecht, 1. Aufl., II. S. 6, 3. Aufl., I. S. 492.

[2] Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1883 (in v. Marquardsen's Handb. d. öff. R., 1. Aufl.), S. 72.

[3] Laband, Staatsrecht, 2. Aufl., I. 1888, S. 516[2], 3. Aufl., I. S. 492[2]: „Die Volksvertretung stimmt . . . nicht nur zu, dass der Gesetzentwurf diesen bestimmten Wortlaut habe, sondern auch, dass er durch die Sanction des Monarchen zum Gesetz umgewandelt werden könne und solle." Vgl. auch a. a. O., 2. Aufl., I. S. 235 f.; 3. Aufl., I. S. 223; ferner Laband in v. Stengel's Wörterbuch d. d. Verw.-R., I. S. 250.

[4] Laband, Staatsrecht, 2. Aufl., I. S. 516[1], 3. Aufl., I. S. 492[1]: „Selbstverständlich ergreift der Befehl ‚ita ius esto' auch den Inhalt."

Die beiden Theorien haben sich auf diese Weise zu einer einzigen Theorie vereinigt: Zur Laband—Jellinek'schen Theorie[1]. Und in diesem Gewande repräsentiert sich die herrschende Lehre noch heute.

II. Capitel.

Kritik der Laband—Jellinek'schen Theorie.

§ 32. Der Stützpunkt der Laband—Jellinek'schen Theorie.

Die Laband—Jellinek'sche Theorie ruht auf einem einzigen Stützpunkte: Sie geht aus von dem Satze, dass zwar Parlament und Monarch in gleicher Weise das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären haben, dass aber die Ertheilung des Gesetzesbefehles vom Monarchen allein vorgenommen werde und das Parlament zu dieser Handlung des Monarchen lediglich seine Zustimmung gebe, ohne an der Handlung selbst theilzunehmen. Dieser Standpunkt nun ist nur dann überhaupt discutabel, wenn die rechtlich relevante, d. h. zum Zustandekommen des Gesetzes erforderliche, Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes und die Ertheilung des Gesetzesbefehles zwei von einander zu unterscheidende Handlungen sind. Denn nur dann ist es überhaupt denkbar, dass zwar jene rechtlich relevante Erklärung über den Gesetzesinhalt sowohl vom Parlament, als auch vom Monarchen ausgeht, der Gesetzesbefehl jedoch nur vom Monarchen ertheilt werde.

Die Laband—Jellinek'sche Theorie basiert also auf der Voraussetzung, dass die rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes und die Ertheilung des Gesetzesbefehles zweierlei Handlungen darstellen, mögen sie auch manchmal uno actu vorgenommen werden.

Unsere Aufgabe wird es sein zu prüfen, ob diese Voraussetzung auch wirklich gegeben ist.

---

[1] Ein für alle Mal sei hier gesagt, dass die Laband—Jellinek'sche Theorie ihren Standpunkt bezüglich des Verhältnisses von Parlament und Monarch auch für das Verhältnis von Reichstag und Bundesrath in der deutschen Reichsgesetzgebung aufrechterhält.

§ 33. Nähere Präcisierung der zu untersuchenden Frage.

Bevor wir aber an diese Prüfung herantreten, müssen wir Folgendes feststellen: Die Frage, ob die rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes mit der Ertheilung des Gesetzesbefehles identisch sei, darf nicht verwechselt werden mit der anderen Frage, ob Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl mit einander identisch seien.

Diese letztere Frage ist natürlich unbedingt zu verneinen. Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl bedeuten gewiss nicht dasselbe. Mit „Gesetzesinhalt" bezeichnet man den „gedanklichen Inhalt des Gesetzes" [1], mit „Gesetzesbefehl" die „verbindliche Anordnung desselben" [1]. Es kann ein „Satz von juristischem Inhalt" [2] ganz gut formuliert sein, ohne rechtsverbindliche Kraft zu besitzen; diese erlangt derselbe erst dann, wenn der Gesetzgeber ihn zum Gegenstande seiner Enuntiation macht [3 4].

Man hüte sich aber, aus dieser Thatsache ohne weiteres zu deducieren, dass auch „rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes" und „Ertheilung des Gesetzesbefehles" Gegensätze seien!

Dies letztere muss vielmehr erst untersucht werden.

Die eine Hälfte dieser Untersuchung nun hat uns die Laband—Jellinek'sche Theorie bereits abgenommen, indem dieselbe den vollkommen richtigen Standpunkt vertritt, dass in jeder Ertheilung des Gesetzesbefehles zugleich die Erklärung des Wollens

---

[1] Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 315.

[2] Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 492[2].

[3] Vgl. darüber auch die dankenswerten Ausführungen von G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 26, 27 f., ferner die treffende Bemerkung von Franken, Vom Juristenrecht, in der Festgabe für R. v. Gneist, dargebracht von der juristischen Facultät Jena, 1888, S. 111, endlich neuestens Fleischmann a. a. O., S. 34.

[4] Soweit daher Gierke in Grünhut's Zeitschr. VI., S. 229, sowie in Schmoller's Jahrbuch VII, S. 1174 ff., und H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 527 Anm., einen Gegensatz zwischen Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl negieren, ist die Polemik, die Laband a. a. O., 3. Aufl., I. S. 492[2], gegen sie führt, vollkommen gerechtfertigt.

des Gesetzesinhaltes gelegen sei. Mir obliegt es daher nur mehr festzustellen, ob nicht auch umgekehrt jede rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes zugleich Ertheilung des Gesetzesbefehles — respective wo mehrere Factoren diese Erklärung abzugeben haben, Theilnahme an der Gesetzesbefehlsertheilung — sei. Die Laband—Jellinek'sche Theorie beantwortet diese Frage bekanntlich mit „Nein", indem sie ja gerade beim Parlament einen Fall aufzeigt, in welchem jemand zwar das Wollen des Gesetzesinhaltes mit rechtlicher Relevanz zu erklären habe, an der Ertheilung des Gesetzesbefehles dagegen keinen Antheil nehme. Das Resultat, zu welchem die Laband—Jellinek'sche Theorie gelangt, besteht demnach in dem Satze, dass wohl jede Ertheilung des Gesetzesbefehles auch eine Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes, nicht aber umgekehrt jede rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes auch die Ertheilung des bezüglichen Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran) bedeute, mit anderen Worten, für die erwähnte Theorie stellt die rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes den weiteren, die Ertheilung des Gesetzesbefehles den engeren Begriff dar. Sollte es uns dem gegenüber gelingen festzustellen, dass jede rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes zugleich auch Ertheilung des Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran) sei, dann würden die beiden fraglichen Begriffe nicht, wie die Laband—Jellinek'sche Theorie meint, zwei concentrische Kreise, sondern einen einzigen Kreis darstellen, mit anderen Worten, die Identität der beiden Begriffe wäre erwiesen.

Damit erscheint die Frage, die uns im Folgenden beschäftigen wird, formuliert. Ihre Beantwortung wird zugleich die Kritik der Laband—Jellinek'schen Theorie darstellen.

§ 34. Der Begriff des Befehles.

Bevor wir aber an die uns soeben gesetzte Aufgabe herantreten, bedarf es einer Analyse des Befehlsbegriffes.

Sicher ist, dass jeder Befehl eine rechtliche Willensäußerung darstellt, und zwar des Inhaltes, dass der Befehlende von irgend

einem Dritten eine bestimmte Handlung vorgenommen wissen wolle, und von der Wirkung, dass dieser Dritte nunmehr zur Vornahme dieser Handlung rechtlich verpflichtet ist.

Damit aber ist das Wesen des Befehles noch nicht erschöpfend gekennzeichnet.

1. Es gibt eine Reihe von Fällen, in denen die Erklärung, dass man von einem Dritten eine bestimmte Handlung vorgenommen wissen wolle, die rechtliche Verpflichtung des Dritten zur Vornahme dieser Handlung nach sich zieht, ohne dass da von einer Befehlsertheilung gesprochen werden kann. So z. B. wird das Verhalten des Richters in vielfacher Beziehung durch die Anträge der Parteien bestimmt, und doch würde es niemandem einfallen, diese Parteianträge Befehle zu nennen. — Durch die erforderlichen Beschlüsse von Reichstag und Bundesrath über einen Gesetzentwurf wird — wenigstens nach der meines Erachtens einzig richtigen herrschenden Lehre — die rechtliche Verpflichtung des Kaisers zur Vornahme der Ausfertigung und Verkündigung des betreffenden Gesetzes ins Leben gerufen; es wäre aber verfehlt, anzunehmen, dass zwischen Reichstag und Bundesrath einerseits und Kaiser andererseits ein Befehlsverhältnis bestehe[1]. — Ebenso tritt gemäß Art. 14 R. V. die Verpflichtung des Kaisers zur Einberufung des Bundesrathes ein, „sobald sie von einem Drittel der Stimmenzahl (sc. des Bundesrathes) verlangt wird". Auch hier kann von einem Befehle an den Kaiser nicht gesprochen werden.

Warum liegt in diesen Fällen ein Befehlsverhältnis nicht vor? Der Grund dafür ist der, dass hier die Handlung, deren Vornahme in Betracht kommt, bereits von vorne herein vom Gesetzgeber selbst genau vorgezeichnet und nur die Verpflichtung zu deren Vornahme abhängig gemacht ist von der Bedingung, dass irgend ein Dritter, in unseren Beispielen die Processpartei, be-

[1] Dies wird speciell in Bezug auf das Verhältnis zwischen Bundesrath und Kaiser mit Recht hervorgehoben von Fricker, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 29 f. Vgl. auch Rosenberg in Hirth's Annalen 1900, S. 598, und Frormann im Arch. f. öff. R. XIV., S. 89. A. M. v. Seydel, Commentar, S. 126.

ziehungsweise die einfachen Majoritäten von Reichstag und Bundesrath, respective ein Drittel der Bundesrathsstimmen, dazu „Ja" sagen. Um bedingte Befehle des Gesetzgebers selbst also handelt es sich hier, und nicht um eine vom Gesetzgeber jemandem anderen delegierte Befehlsbefugnis. Eine Delegation von Befehlsbefugnis durch den Gesetzgeber läge nur dann vor, wenn der Gesetzgeber dem Delegatar einen über das bloße „Ja oder nein" hinausgehenden Spielraum gewähren würde, innerhalb dessen die Handlungsweise des Dritten nicht vom Gesetzgeber selbst, sondern vom Delegatar bestimmt würde[1].

Allgemein gesagt, heißt dies: Dort wo A die in Frage stehende Handlung selbst bestimmt und nur den Eintritt der Verpflichtung zur Vornahme dieser Handlung abhängig macht von der Bedingung, dass ein anderer, B, dies zu wollen erkläre, wird der Befehl zur Vornahme der Handlung nicht von B, sondern von A ertheilt, eine Delegation von Befehlsbefugnis hat da also nicht stattgefunden[2 3]. Dort dagegen, wo A die Handlung überhaupt nicht

[1] Es ist dies der Fall des sogenannten Blanquettgesetzes, über welches S. 149 ff. gehandelt werden wird.

[2] Hierher gehört es auch, weshalb zwischen Gläubiger und Schuldner kein Befehlsverhältnis besteht, wie dies von Rosin in Hirth's Annalen 1883, S. 298 f., mit Recht hervorgehoben wird. Der Inhalt der Handlungsweise des Schuldners ist von vorne herein genau fixiert, sei es im Vertragswege, also in freier Vereinbarung mit dem Schuldner, sei es direct durch das Gesetz selbst. Der Gläubiger hat, wenn es zur Mahnung, Klage- und Executionsantrag kommt, nur „Ja" oder „Nein" zu sagen, also lediglich die Bedingung zu erfüllen, auf welche hin die Rechtsordnung die Realisierung der Forderung vornimmt.

[3] Nicht zu verwechseln damit ist der Fall, dass die Bestimmung der Handlungsweise des Dritten zweien Factoren gemeinschaftlich zukommt, dabei aber der eine der beiden Factoren die rechtliche Stellung der Vorhand, der andere die der Hinterhand einnimmt. Ein Beispiel dieser Art ist das Verhältnis zwischen Parlament und Monarch in der Gesetzgebung. Beide nehmen die Bestimmung des Inhaltes der staatsbürgerlichen Handlungsweise gemeinsam vor. Weil aber hierbei das Parlament vermöge positiven Staatsrechtes die Vorhand hat, obliegt ihm allein die endgiltige Formulierung dieses Inhaltes, und der Monarch kann gelegentlich der Sanctionsertheilung nur „Ja" oder „Nein" sagen. Die Verschiedenheit dieses Falles gegenüber dem im Haupttexte behandelten springt in die

bestimmt, sondern den B autorisiert, die Handlung innerhalb engerer oder weiterer Grenzen selbst zu bestimmen, dort geht der Befehl zur Vornahme der betreffenden Handlung von B und nicht von A aus.

2. Jeder Befehl setzt also voraus, dass der Befehlende die Bestimmung der verlangten Handlungsweise innerhalb eines über das bloße „Ja oder nein" hinausgehenden Spielraumes selbst vorgenommen habe — wenigstens gegenüber demjenigen, an welchen der Befehl gerichtet ist. Und damit ist bereits auch ein zweites Erfordernis gegeben, welches vorhanden sein muss, damit von einem Befehle gesprochen werden könne: Der Befehlende muss — vom Standpunkte des Adressaten, aber auch nur von diesem aus betrachtet — in vollkommen freier Entscheidung handeln. Es ist also eine rechtliche Verpflichtung zur Befehlsertheilung wohl möglich, es gibt auch einen Befehl auf Befehl, allein all das nur dann, wenn dieses Pflichtverhältnis den Augen des Adressaten gänzlich entrückt, mit anderen Worten rein interner Natur ist[1]. Solches ist z. B. der Fall, wenn der Amtsvorstand von der vorgesetzten Behörde den Auftrag erhält, seinen Untergebenen dies oder jenes anzubefehlen. Der Amtsvorstand könnte diesen Befehl auch aus freien Stücken ertheilen. Davon, dass er im concreten Falle einem dienstlichen Auftrage, einer rechtlichen Pflicht gehorcht, hat er seinen Untergebenen keine Mittheilung zu machen[2]. Ihnen

---

Augen. Dort nimmt ausschließlich A die Bestimmung der Handlungsweise des Dritten vor und macht nur das Inslebentreten der Verpflichtung des Dritten abhängig von der Bedingung, dass B dazu „Ja" sagt. Dagegen ist das Verhältnis zwischen Parlament und Monarch hinsichtlich der Bestimmung des Inhaltes der staatsbürgerlichen Handlungsweise ein vollständig coordiniertes, und wenn nichtsdestoweniger der Monarch bloß „Ja oder nein" sagen kann, so kommt dies lediglich auf Rechnung des Umstandes, dass ihm die rechtliche Stellung der Hinterhand zukommt. Über letzteres vgl. unten § 41.

[1] Vgl. hierzu auch noch S. 210 f. u. 211[1].

[2] Dass die Untergebenen sich außeramtlich von der rechtlichen Gebundenheit des Amtsvorstandes Kenntnis verschaffen können, kommt hier weiter nicht in Betracht.

gegenüber nimmt er also trotz interner rechtlicher Gebundenheit dennoch dieselbe rechtliche Stellung ein, als ob er frei handeln würde. Der Befehl an die Subalternen geht hier somit vom Amtsvorstande, nicht von der vorgesetzten Behörde, aus. Diese ertheilt vielmehr ihren Befehl lediglich an den Amtsvorstand. Anders, wenn sie ihre Verfügung dem Amtsvorstande „zur Verlautbarung an die Subalternen" übermittelt. Dann erscheint den Subalternen gegenüber die höhere Behörde selbst als derjenige Factor, welcher die Handlungsweise der Subalternen bestimmt, der an dieselben gerichtete Befehl wird mithin von der höheren Behörde selbst ertheilt, und der Amtsvorstand fungiert dabei lediglich als mittheilendes Organ, als Bote.

3. Diese Erörterungen haben uns zugleich zu dem letzten Charakteristicum im Begriffe „Befehl" geführt: Der Befehl ist eine rechtliche Willensäußerung, welche der Befehlende dem Adressaten selbst gegenüber machen muss, und sei es auch nur durch Vermittlung eines Boten. Die Richtigkeit dessen hat gerade das früher erwähnte Beispiel gezeigt. Wenn die vorgesetzte Behörde ihren Willen lediglich gegenüber dem Amtsvorstande äußert, ohne ihm den Auftrag zu geben, den Subalternen gebenüber als ihr Bote zu fungieren, dann ertheilt sie nicht diesen, sondern nur dem Amtsvorstande einen Befehl. Erst dieser ertheilt, indem er den Befehl als seine Willensäußerung weitergibt, den Subalternen den Befehl.

Nach diesen Feststellungen wäre nunmehr der Begriff des Befehles gegeben: Befehl ist jede dem, welchem befohlen werden soll, selbst gegenüber abgegebene Willenserklärung, deren Inhalt dahin geht, dass der Befehlende eine bestimmte Handlung von dem Adressaten vorgenommen wissen wolle, und deren Wirkung in dem Eintritte der rechtlichen Verpflichtung des Adressaten zur Vornahme der betreffenden Handlung besteht, — nur muss bei der Bestimmung des Inhaltes dieser Willensäußerung dem Befehlenden, wenigstens nach außen hin, ein über das „Entweder — oder", „Ja oder nein" hinausgehender Spielraum freien Ermessens offen gestanden sein.

Manche glauben, dass das Gesagte für das Wesen des Befehles nicht genüge, sondern dass noch etwas hinzutreten müsse, damit eine Willensäußerung zum Befehl werde: Die Befehlsmacht. Einer solchen Auffassung kann ich nicht beipflichten. Gewiss setzt jede Befehlsertheilung voraus, dass der Befehlende eine Befehlsmacht besitze. Aber diese Befehlsmacht ist bereits damit gegeben, dass die Rechtsordnung dem Befehlenden die Competenz ertheilt, den Dritten innerhalb eines über das bloße „Ja oder nein" hinausgehenden Spielraumes nach freiem Ermessen zur Vornahme von Handlungen rechtlich zu verpflichten. Einzig und allein darin, dass die Rechtsordnung an die Willensäußerung des Befehlenden die rechtliche Pflicht des Dritten zur Vornahme der betreffenden Handlung knüpft, liegt die im Befehle zu Tage tretende Macht[1].

Die rechtliche Fähigkeit, die Handlungen, welche der Dritte vorzunehmen hat, also den Inhalt der Handlungsweise des Dritten, mit verpflichtender Wirkung zu bestimmen, das und nichts anderes ist das Wesen der Befehlscompetenz.

„Befehlsertheilung" und „Mit verpflichtender Wirkung vorgenommene Bestimmung der Handlungsweise eines Dritten" sind synonyme Ausdrücke. Dort, wo diese Bestimmung der Handlungsweise von mehreren Factoren vorgenommen wird, wo also diese mehreren Factoren übereinstimmend erklären müssen, dass sie eine bestimmte Handlung vorgenommen wissen wollen, ertheilen dieselben den Befehl gemeinsam.

Mit diesem meinem Standpunkte stimmt es überein, wenn Thon[2] sagt: „Versucht der Äußernde auf Grund irgend eines Machtverhältnisses, welches ihm anderen gegenüber zusteht, das Verhalten dieser letzteren zu bestimmen, so werden wir der Kundgebung Befehlsnatur zusprechen müssen." Das „Machtverhältnis, welches ihm anderen gegenüber zusteht", liegt, wie bereits erwähnt,

---

[1] Vgl. hierzu auch noch S. 133 ff.

[2] Im Arch. f. öff. R. V., S. 154.

in der rechtlichen Eigenschaft des Befehlenden, dass seine Kundgebungen den Dritten zur Vornahme der betreffenden Handlungen rechtlich verpflichten. — Und im Grunde genommen passt auch die Definition, welche Jellinek[1] vom Befehle gibt, zu meinen Ausführungen. Erklärt er doch: „Das Wesen des Imperiums besteht in der rechtlichen Möglichkeit, aus eigener Macht eine Persönlichkeit zu irgend einer Leistung zu verpflichten.“ Dort, wo zum Eintritte der Verpflichtung zur Leistung die Erklärung mehrerer Factoren erforderlich ist, dass sie die betreffende Handlung vorgenommen wissen wollen, wo also diese mehreren Factoren die Handlungsweise des Dritten gemeinsam bestimmen, hat nicht irgend einer aus ihnen die „Macht“, die betreffende Persönlichkeit zu dieser „Leistung zu verpflichten“, sondern sie alle haben diese Macht gemeinsam[2] und ertheilen mithin auch den Befehl gemeinsam. In dem Zusammentreffen aller inhaltsgleichen Willenserklärungen, dass die Handlung vorgenommen werden solle, liegt die verpflichtende „Macht“, die Befehlsmacht[3].

§ 35. Der Begriff des Gesetzesbefehles.

Es wäre jetzt eigentlich nöthig, unseren auf diese Weise gewonnenen Begriff des Befehles gegen eine Legion von Einwänden zu vertheidigen. Allein da alle diese Einwände sich zugleich auch gegen den aus diesem allgemeinen Begriff des Befehles abzuleitenden Specialbegriff des Gesetzesbefehles richten, so halte ich es für methodisch zweckmäßiger, vorerst den Specialbegriff des Gesetzes-

[1] Gesetz und Verordnung, S. 314.

[2] Jellinek allerdings ist a. M. Vgl. darüber unten S. 133 ff.

[3] Zu unterscheiden von „Herrschermacht“. Gewöhnlich werden beide Ausdrücke synonym gebraucht (vgl. z. B. Rosin a. a. O., S. 298 ff.). Ich aber glaube, dass man unter Herrschermacht eine qualificierte Befehlsmacht zu verstehen hat, nämlich jene, welche dem mit ihr Ausgestatteten ohne dessen Einwilligung rechtlich nicht entzogen werden kann. So z. B. wird man den zum Erlass von Verordnungen befugten Behörden wohl Befehls-, aber nicht Herrschermacht zuzusprechen haben, da ihnen ihre Competenz von der Legislative jederzeit einseitig genommen werden kann.

befehles festzustellen und erst dann an die Widerlegung der Einwände zu schreiten.

Die Anwendung des von uns gefundenen allgemeinen Befehlsbegriffes auf den Specialbegriff des Gesetzesbefehles ist leicht gemacht: Im Gesetze wird den Unterthanen ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben; dadurch qualificiert sich ja der staatliche Gesetzgebungsact als ein staatlicher Befehlsact. Die Vornahme dieses Befehlsactes nun besteht darin, dass der oder die dazu Berufenen mit einer die Staatsunterthanen verpflichtenden Wirkung die Handlungsweise derselben inhaltlich bestimmen, oder mit anderen Worten, dass sie mit einer die Staatsunterthanen verpflichtenden Wirkung denselben gegenüber die Erklärung abgeben, dass sie die betreffenden Handlungen von ihnen vorgenommen wissen wollen. Alle diejenigen also, deren diesbezügliche Willenserklärung zum Zustandekommen des Gesetzes, mit anderen Worten zum Eintritte der rechtlichen Verpflichtung der Staatsunterthanen, rechtlich erforderlich ist, nehmen eben dadurch, dass sie diese Erklärung den Staatsunterthanen gegenüber abgeben, die Ertheilung des Gesetzesbefehles gemeinschaftlich vor. Nun aber ist diese Erklärung, dass man die betreffenden Handlungen von den Staatsunterthanen vorgenommen wissen wolle, nur ein anderer Ausdruck für die Erklärung, dass man den Gesetzesinhalt wolle. Demnach ist die den Staatsunterthanen gegenüber abzugebende, zum Zustandekommen des Gesetzes rechtlich erforderliche[1] Erklärung, dass man den Ge-

[1] Aber eben nur die zum Zustandekommen des Gesetzes rechtlich erforderliche Erklärung. Daher hat die Gesetzgebungscommission keinen Antheil am Gesetzesbefehl. Denn ihre Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes ist zum Zustandekommen des Gesetzes nicht erforderlich, da Parlament und Monarch sich an deren Vorschlag nicht zu halten brauchen, sondern von demselben auch abgehen können. Man drückt dies auch so aus, dass man sagt: Der Gesetzgebungscommission kommt die rechtliche Function, mit juristischer Relevanz das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären, nicht zu, sondern sie versieht lediglich die technische Function der Feststellung, Formulierung des Gesetzesinhaltes, und zwar auch das nur dann, wenn der von ihr vorgeschlagene Gesetzesinhalt zufällig von Parlament und Monarch unverändert angenommen wird. Dem Parlamente dagegen kommt vermöge

setzesinhalt wolle, stets auch Ertheilung des bezüglichen Gesetzesbefehles, respective wo mehrere diese Erklärung abzugeben haben, Theilnahme an der von diesen mehreren gemeinsam vorgenommenen Ertheilung des Gesetzesbefehles. Eine rechtlich relevante, d h. zum Eintritte der Verpflichtung der Staatsunterthanen rechtlich erforderliche Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes, die nicht zugleich Ertheilung des bezüglichen Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran) wäre, ist begrifflich undenkbar. In der Competenz zur Abgabe der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes, mit anderen Worten in der Competenz, den Inhalt der staatsbürgerlichen Handlungsweise mit verpflichtender Wirkung zu bestimmen, liegt die im Gesetze zu Tage tretende Befehlsmacht.

Damit erscheint nicht nur festgestellt, dass jede rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes Ertheilung des Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran) ist, sondern gleichzeitig auch die oben (S. 111) aufgeworfene Frage dahin beantwortet, dass „rechtlich relevante Erklärung des Wollens des des Gesetzesinhaltes" und „Ertheilung des Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran)" synonyme Ausdrücke zur Bezeichnung einer und derselben Handlung darstellen[1].

---

des Umstandes, dass seine Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes zum Zustandekommen des Gesetzes rechtlich erforderlich ist, sowohl die erwähnte technische, als auch die erwähnte rechtliche Function zu. (Siehe S. 106[1].) Gemeinsam mit der Gesetzgebungscommission hat es also nur die technische Function; das ungleich Wichtigere jedoch, nämlich die rechtliche Function, kommt wohl dem Parlamente, nicht aber auch der Gesetzgebungscommission zu. Dies hervorzuheben übersehen Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 491; Ulbrich, Lehrb. d. österr St-R, S. 387; Schultze, Privatrecht und Process, I. S. 88. Und doch bewirkt gerade dieser Unterschied, dass das Parlament an der Ertheilung des Gesetzesbefehles theilnimmt, die Gesetzgebungscommission jedoch nicht!

[1] Anerkannt findet sich dies mit Worten nur bei A. Affolter, Grundzüge des allgemeinen Staatsrechtes, 1892, S. 67 f. — Fricker, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 14 f., 30 ff., sieht zwar die rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes und die Ertheilung des Gesetzes-

§ 36. Anwendung auf die Laband—Jellinek'sche Theorie.

Die Laband—Jellinek'sche Theorie steht, wie bereits festgestellt, auf dem Standpunkte, dass Parlament und Monarch in vollkommen gleichartiger Weise mit rechtlicher Relevanz das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären haben[1]. Beide Factoren nehmen also gemäß der genannten Theorie die Bestimmung der Handlungsweise der Staatsunterthanen gemeinsam vor. Der Eintritt der Verpflichtung der Staatsunterthanen hat zur rechtlichen[2] Voraussetzung, dass das Parlament in seinem Annahmebeschlusse,

---

befehles als zwei verschiedene, von einander trennbare Handlungen an, nähert sich aber wenigstens insofern dem im Haupttexte vertretenen Standpunkte, als er, S. 14 f., zugibt, dass die juristische Function der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes, oder wie er es nennt, die „rechtliche Schaffung des Gesetzesinhaltes" nur Sache des Gesetzgebers sein könne. Diese seine Erkenntnis bringt ihn dazu, diese juristische Function in der Monarchie lediglich dem Monarchen zuzusprechen und dem Parlamente nur das Recht des „Veto" einzuräumen, mit anderen Worten, als Gegner des Vereinbarungsstandpunktes aufzutreten. (S. a. a. O., S. 14 ff., ferner in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 50. Bd., S. 390, 396 f.) Für die deutsche Reichsgesetzgebung dagegen nimmt er den oben (S. 107[9]) gekennzeichneten Standpunkt ein.

[1] Bezüglich der deutschen Reichsgesetzgebung ist dies von Laband a. a. O., 3. Aufl., I. S. 508 f., sogar ausdrücklich hervorgehoben: „Die Thätigkeit des Bundesrathes unterscheidet sich von derjenigen des Reichstages in Bezug auf die Feststellung des Gesetzesinhaltes in keinem Punkte."

[2] Die Thatsache, dass der Monarch es in seiner Hand hat, im Wege eines Verfassungsbruches etwas als Gesetz zu publicieren, was die Zustimmung des Parlamentes nicht gefunden hat, und mangels des diesbezüglichen richterlichen Prüfungsrechtes in der Lage ist, die Staatsunterthanen zur Befolgung dieser Emanation zu veranlassen, hindert nicht, dass zu den rechtlichen Voraussetzungen zum Zustandekommen eines Gesetzes auch die Erklärung des Parlamentes, also dessen Theilnahme an der Gesetzesbefehlsertheilung, gehört. Denn die von uns erörterte Frage ist eine Frage der rechtlichen Competenz, und eine solche Erörterung hat sich immer nur auf dem Boden der geltenden Rechtsordnung zu bewegen. Der Monarch hat nicht die rechtliche Competenz, sondern nur die factische Möglichkeit, die Staatsunterthanen einseitig, ohne Befragung des Parlamentes, also rechtswidrig, zu verpflichten.

der Monarch im Sanctionsacte die Erklärung abgeben, dass sie den Gesetzesinhalt wollen[1]. Das ist aber nur ein anderer Ausdruck dafür, dass der Gesetzesbefehl von beiden gemeinsam ausgeht. Befehlen — das haben wir vorhin festgestellt — heißt ja nichts anderes, als mit verpflichtender Kraft die Erklärung abgeben, dass man die betreffende Handlung vorgenommen wissen wolle. „Rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes" und „Ertheilung des Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran)" sind eben identische Begriffe.

Die Laband—Jellinek'sche Theorie führt also in ihrer richtigen Consequenz zu dem Satze, dass der Gesetzesbefehl von Parlament und Monarch[2] gemeinsam ertheilt werde[3].

Es ist unmöglich, dass zwar die Erklärung über den Gesetzesinhalt vom Parlamente ebenso abgegeben wird wie vom Monarchen,

---

Auch die Thatsache, dass der Monarch in den gesetzlich fixierten Ausnahmefällen der Nothverordnung die Competenz hat, einseitig, ohne Befragen des Parlamentes, vorzugehen, bleibt auf die Frage nach der Ertheilung des Gesetzesbefehles ohne Einfluss. Die Competenz des Monarchen zur Erlassung von Nothverordnungen hindert nicht, dass zum Zustandekommen einer staatlichen Willensäußerung „Gesetz im formellen Sinne" nicht, wie bei der staatlichen Willensäußerung „Nothverordnung", der bloße Willensact des Monarchen, sondern die übereinstimmenden Willensacte von Parlament und Monarch erforderlich sind.

[1] Dies scheint selbst v. Seydel zu fühlen, wenn er die für seinen sonstigen Standpunkt allerdings etwas seltsam klingende Äußerung macht: „Der staatliche Willensact, für welchen ein gleichheitlicher Willensact des Landtages Voraussetzung der Wirksamkeit ist, heißt Gesetz im formellen Sinne." (Staatsrecht, 1. Aufl., 2. Abdruck, II. S. 11.) Vgl. auch das S. 171[1] über Fleischmann Gesagte.

[2] Respective in der deutschen Reichsgesetzgebung von Reichstag und Bundesrath.

[3] A. Affolter a. a. O., S. 68 ff., welcher, wie oben (S. 121[1]) hervorgehoben, die Identität der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes und der Ertheilung des Gesetzesbefehles anerkennt, hat diese Consequenz auch thatsächlich gezogen und steht auf dem Standpunkte, dass Parlament und Monarch in der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens einander vollkommen coordiniert seien. Vgl. unten S. 227.

die Ertheilung des Gesetzesbefehles dagegen ausschließlich Sache des Monarchen ist und das Parlament da nur seine Zustimmung ertheilt, ohne am Befehlsacte selbst Antheil zu haben. Vielmehr bedeutet eine Coordination von Parlament und Monarch in Bezug auf das Wollen des Gesetzesinhaltes mit begrifflicher Nothwendigkeit, dass auch die Befehlsmacht dem Parlamente und Monarchen gemeinsam zukommt[1][2]. Ein Mittelweg, wie ihn die Laband—

---

[1] Daher ist es nur zur Hälfte wahr, wenn Laband a. a. O., 3. Aufl., I. S. 491, sagt: „Das specifische Wirken der Staatsgewalt, das Herrschen, kommt nicht in der Herstellung des Gesetzesinhaltes, sondern nur in der Sanction des Gesetzes zur Geltung, in der Ausstattung eines Rechtssatzes mit verbindlicher Kraft, mit äußerer Autorität.“ Gewiss kommt das Herrschen nicht in der Herstellung des Gesetzesinhaltes zur Geltung, sofern darunter einfach die technische Function der Formulierung des Gesetzestextes gemeint ist (s. oben S. 106[1], 120[1]); denn diese kann von jeder Gesetzgebungscommission, von jedem Juristentag besorgt werden. Allein das Parlament hat eben noch mehr zu thun, es hat, gleichzeitig mit der technischen Function, auch eine rechtliche Function, nämlich, die zum Zustandekommen des Gesetzes nothwendige Erklärung abzugeben, dass es den Inhalt wolle. Und weil es diese rechtliche Function hat, ist es von Laband unrichtig, zu sagen, dass das Herrschen der Staatsgewalt nur in der Sanction des Monarchen zur Geltung komme, dass nur diese die „Ausstattung eines Rechtssatzes mit verbindlicher Kraft“ bedeute.

[2] Hier kommt die oben (S. 108[2]) erwähnte Nuancierung zur Geltung, welche G. Meyer der Laband—Jellinek'schen Theorie gegeben hat. Die Laband—Jellinek'sche Theorie sieht die Thatsache, dass das Parlament das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären habe, als das Primäre, die Thatsache, dass es auch seine Zustimmung zur Ertheilung des Gesetzesbefehles zu ertheilen habe, als das Secundäre an. Wir kamen auf Grund der Identität von rechtlich relevanter Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes und Ertheilung des Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran) zu dem Resultate, dass die Laband-Jellinek'sche Theorie mit ihren Consequenzen nicht zu dem Satze, das Parlament gebe zum Gesetzesbefehl des Monarchen seine Zustimmung, sondern einzig und allein zu dem Satze gelangen könne, dass Parlament und Monarch den Gesetzesbefehl gemeinsam ertheilen. Gerade das Umgekehrte nun gilt von G. Meyer. Derselbe sieht die Competenz des Parlamentes, zu der durch den Monarchen erfolgenden Ertheilung des Gesetzesbefehles seine Zustimmung zu geben, als das Primäre, die Competenz des Parlamentes, das Wollen des Gesetzes-

Jellinek'sche Theorie gern einschlagen möchte, ist ausgeschlossen. Es ist unzulässig, außer der nach der Laband—Jellinek'schen Theorie dem Parlamente wie dem Monarchen in gleicher Weise zustehenden Competenz, mit verpflichtender Wirkung den Inhalt der Handlungsweise der Staatsunterthanen zu bestimmen, noch eine separate Befehlsmacht, ein separates Imperium, zu unterscheiden und dasselbe lediglich dem Monarchen zuzuerkennen. Ich wüsste nicht, worin diese Extrabefehlsmacht bestehen sollte?

Es ist ja richtig, dass, solange nur das Parlament, und nicht auch der Monarch, gesprochen hat, zwar der Gesetzesinhalt bereits definitiv festgestellt, aber der Gesetzesbefehl noch nicht ertheilt, die „Ausstattung mit rechtsverbindlicher Kraft" noch nicht erfolgt ist, mit anderen Worten, es ist ja richtig, dass der Gesetzesbefehl, die „Ausstattung mit rechtsverbindlicher Kraft", erst dann vorliegt, wenn der Monarch im Sanctionsacte sein Placet gesprochen hat[1]. Allein diese Thatsache bewirkt nur, dass man zwischen Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl unterscheiden muss (vgl. S. 112), sie bewirkt aber nicht, wie die Laband—Jellinek'sche Theorie glaubt, dass der Monarch allein den Gesetzesbefehl

---

inhaltes zu erklären, als das Secundäre an. Bei G. Meyer muss also eine geänderte Kritik Platz greifen und gesagt werden, dass er mit seiner Voraussetzung, wonach das Parlament an der Ertheilung des Gesetzesbefehles keinen Antheil hat, consequenterweise zu dem Resultate kommen müsste, dass es auch an der Feststellung des Gesetzesinhaltes keinen Antheil habe, sondern zu der lediglich dem Monarchen zustehenden Feststellung des Gesetzesinhaltes, ebenso wie zu der vom Monarchen allein vorgenommenen Gesetzesbefehlsertheilung — beides sind ja bloß verschiedene Ausdrücke für ein und dieselbe Handlung! — nur seine „Zustimmung" ertheile. Mit anderen Worten: Die Auffassung G. Meyer's müsste in ihrer richtigen Consequenz zur Leugnung des Vereinbarungsstandpunktes und zu der Theorie Fricker's führen, dass die positive, schaffende Thätigkeit in der Gesetzgebung dem Monarchen allein zukomme.

[1] Damit steht nicht im Widerspruch, dass der Monarch bis zum Momente des Publicationsvollzuges seinen Entschluss ändern kann. Denn, wie S. 174 ff. ausgeführt werden wird, kann von der Willenskäußerung des Monarchen, „Sanction" genannt, ohnehin erst im Momente des Publicationsvollzuges gesprochen werden.

ertheilt, allein den Gesetzentwurf mit verbindlicher Kraft ausstattet[1]. „Gesetzesbefehl" bezeichnet einen Erfolg. Man kann also von der geschehenen Ertheilung des Gesetzesbefehles, von der geschehenen „Ausstattung mit rechtsverbindlicher Kraft", erst dann reden, wenn der letzte der an der Herbeiführung dieses Erfolges betheiligten Factoren, nämlich der Monarch, gehandelt hat und so der Erfolg perfect ist. Es wäre aber eine optische Täuschung zu glauben, dass dieser letzte Factor allein den Erfolg herbeigeführt, allein den Gesetzesbefehl ertheilt habe[2]. Das, was oben (S. 94 ff.) über die Überschätzung des Momentes der zeitlichen Aufeinanderfolge der Willenserklärungen von Parlament und Monarch im Gesetzgebungsverfahren gesagt wurde, möge hier im Geiste recapituliert werden! Der Monarch stellt in der Herbeiführung des Erfolges, nämlich der Ertheilung des Gesetzesbefehles, eine dem Parlamente gleich starke Componente dar. Er thut nichts anderes, als dass er, ebenso wie das Parlament, den Staatsunterthanen gegenüber die Erklärung abgibt, er wolle den Gesetzesinhalt[3]. Nachdem

---

[1] Hier kommt es zur Geltung, wenn ich S. 112 sagte, man hüte sich, aus dem Gegensatz von Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl ohne weiteres zu deducieren, dass auch „rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes" und „Ertheilung des Gesetzesbefehles" Gegensätze seien.

[2] Es ist gewiss richtig, wenn Laband a. a. O., 3. Aufl., I. S. 496, sagt, dass, wenn eine Bundesrathsvorlage vom Reichstage angenommen ist, noch die „Ausstattung" derselben „mit verbindlicher Kraft" fehle, und dass diese erst dann vorhanden sei, wenn der Bundesrath sein Schlussvotum abgegeben hat. Gefehlt ist es nur zu glauben, dass lediglich in diesem Schlussvotum des Bundesrathes die Handlung der „Ausstattung mit verbindlicher Kraft" gelegen sei.

[3] Die einzige Möglichkeit, trotz Beibehaltung des Satzes, dass auch das Parlament das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären habe, dennoch zu dem Resultate zu gelangen, dass der Monarch allein den Gesetzesbefehl ertheile, wäre die, zu sagen, dass das Parlament seinen Willen ja gar nicht gegenüber den Staatsunterthanen, sondern nur gegenüber dem Monarchen erkläre, so dass den Staatsunterthanen gegenüber lediglich der Monarch eine Willenserklärung über den Gesetzesinhalt abgebe, und mithin das Parlament zu den Staatsunterthanen ebensowenig in ein Befehlsverhältnis trete, als in dem S. 116 f. erwähnten Beispiele die vorgesetzte Be-

nunmehr sämmtliche berufenen Factoren gesprochen haben, ist der Erfolg, die Ertheilung des Gesetzesbefehles, perfect. Solange bloß die Erklärung des Parlamentes vorliegt, ist der Gesetzesbefehl noch nicht ertheilt, aber an der Herbeiführung des nach dem Sanctionsacte des Monarchen nunmehr eingetretenen Erfolges hat das Parlament geradeso mitgearbeitet, wie der Monarch [1].

Die Laband—Jellinek'sche Theorie selbst allerdings kommt zu diesem Ergebnisse nicht. Sie leugnet die Identität von rechtlich relevanter Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes und Ertheilung des Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran) und sagt: Nicht in der Competenz zur Abgabe der Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes an und für sich liege die Befehlsmacht, sondern zu dieser Competenz müsse noch etwas Drittes hinzukommen, damit daraus die Befehlsmacht werde; dieses Etwas stehe in der deutschen Monarchie lediglich dem Monarchen zu und bewirke, dass die Thätigkeit des Monarchen im Gesetzgebungsverfahren einen von der Thätigkeit des Parlamentes wesentlich verschiedenen juristischen Gehalt besitzt. In der Thätigkeit des Monarchen sei gegenüber der Thätigkeit des Parlamentes ein juristisches Plus enthalten, und das habe zur Folge, dass der Monarch den Gesetzesbefehl allein ertheile, obwohl auch das Parlament das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären habe.

hörde zu den Subalternen. Allein eine solche Auffassung der rechtlichen Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung wäre unzutreffend. Denn auch das Parlament, und nicht bloß der Monarch, äußert seinen Willen gegenüber den Staatsunterthanen. Nur fungiert der Monarch bei der Übermittlung dieser Willensäußerung des Parlamentes als mittheilendes Organ, als Bote. In dem Sanctionsacte des Monarchen liegt einerseits die Willenserklärung des Monarchen über den Gesetzesinhalt, andererseits aber auch die Mittheilung, Botschaft, dass das Parlament die inhaltsgleiche Willenserklärung abgebe. Der Monarch allein zwar tritt den Staatsunterthanen gegenüber sprechend auf, jedoch dies hindert nicht, dass — durch seine Vermittlung — auch das Parlament seinen Willen gegenüber den Staatsunterthanen erklärt. Vgl. darüber S. 209[1].

[1] Vgl. auch die richtigen Ausführungen von Seligmann, Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge, S. 270 ff.; Frormann im Arch. f. öff. R. XIV., S. 87 f.

Es wird nunmehr unsere Aufgabe sein, die Gründe zu prüfen, welche von der Laband—Jellinek'schen Theorie für die Richtigkeit dieser ihrer Behauptung ins Treffen geführt werden, und welche sich zugleich als Einwände gegen den von uns aufgestellten Begriff des Befehles im allgemeinen und des Gesetzesbefehles im besonderen, sowie als Einwände gegen die in diesem Befehlsbegriffe enthaltene Identificierung der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes mit der Ertheilung des Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran) qualificieren.

III. Capitel.
Widerlegung der Einwände.

§ 37. Bereits im II. Abschnitte widerlegte Argumente.

Wenn wir die Argumente Revue passieren lassen, welche angeblich für die Richtigkeit des Standpunktes der Laband—Jellinek'schen Theorie sprechen, dass die Thätigkeit des Monarchen, obwohl auch das Parlament das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären habe, dennoch ein rechtliches Plus enthalte und der Monarch infolge dessen allein die Befehlsmacht in Händen habe, also allein den Gesetzesbefehl ertheile, allein der Gesetzgeber sei, so treffen wir zunächst auf eine Reihe alter Bekannter: Wir finden nämlich von der Laband—Jellinek'schen Theorie alle jene Argumente verwertet, welche bereits vor Laband von den Anhängern der herrschenden Lehre benützt worden sind.

Dieselben wurden bereits an anderer Stelle (II. Abschnitt) einer Kritik unterzogen, und so können wir uns hier im großen und ganzen darauf beschränken, auf das dort Gesagte hinzuweisen und zu betonen, dass das damals gewonnene Resultat auch hier voll und ganz zutrifft: Wie keines dieser Argumente imstande war, zu erweisen, dass der Monarch trotz der zwischen Parlament und Monarch über das zu erlassende Gesetz stattfindenden Vereinbarung allein der Gesetzgeber sei, so besitzen dieselben auch nicht die Kraft, darzuthun, dass, obwohl Parlament und Monarch in gleicher Weise das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären

haben, dennoch in der Thätigkeit des Monarchen ein Plus enthalten sei, welches bewirke, daſs der Monarch allein der Gesetzgeber sei.

1. Das zeigt sich schon bei dem ersten der hier in Betracht kommenden Argumente: Man beruft sich auf die Einheitlichkeit der Staatsgewalt; diese mache es selbstverständlich, daſs der Gesetzesbefehl nur vom Monarchen allein ausgehen könne. Kein Geringerer als Laband selbst ist es, der mit diesem Argumente bis auf den heutigen Tag operiert. Sagt er doch: „Der Monarch als der alleinige Träger der ungetheilten und untheilbaren Staatsgewalt ist allein imstande, ein Staatsgesetz zu erlassen, d. h. den staatlichen Befehl seiner Befolgung zu ertheilen“ [1]. Über die Haltlosigkeit dieser Argumentation brauche ich den oben (S. 62 f.) gemachten Ausführungen wohl nichts mehr hinzuzufügen.

2. In dem eben citierten Satze Laband's wird noch auf ein zweites Argument hingewiesen, das ebenfalls beweisen soll, daſs nur der Monarch allein den Gesetzesbefehl ertheilen könne. Dasselbe besteht in der Behauptung, daſs der deutsche Monarch [2] der alleinige Träger der Staatsgewalt sei [3]. Daſs wir es hier mit einer gewöhnlichen Tautologie zu thun haben, wurde bereits S. 68 f. festgestellt.

---

[1] Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 491 f. Ihm schließen sich an: Zorn, Staatsrecht, I. S. 412 Anm. 20; Zorn in Hirth's Annalen 1889, S. 357; Gareis, Allg. Staatsrecht, S. 60. Vgl. auch v. Sarwey, Württ. St.-R., I. S. 30 („Der Landesherr als der wirklich gewordene Wille des als Einheit gedachten Volkes . . . .“).

[2] Respective im Deutschen Reiche der Bundesrath.

[3] Vgl. auch Laband in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 82. Dieses Argument ist unter den Anhängern der Laband—Jellinek'schen Theorie sehr verbreitet: Gierke in Grünhut's Zeitschr. VI., S. 229; Zorn, Staatsrecht, I. S. 173, 412 f.; Zorn in v. Holtzendorff's Rechtslexikon, 3. Aufl., I. S. 437, im Vgl. mit S. 434; Ulbrich, Lehrb. d. österr. St.-R., S. 122 f.; Ulbrich in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 36; v. Sarwey a. a. O., II. S. 59; Arndt, Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, S. 11 („Gesetzgeber eines Staates kann nur der Sou-

Um dem Vorwurfe der Tautologie zu entgehen, wurde bereits vor Laband vielfach der Versuch gemacht, den Satz, dass der Monarch allein Träger der Staatsgewalt sei, durch irgend eine Erwägung allgemeiner Natur zu erweisen, um sodann aus dem vermeintlich nunmehr bewiesenen Satze die weitere Behauptung ableiten zu können, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei. Wie wir seinerzeit (S. 71 ff.) sahen, müssen alle diese Versuche missglücken, da sich bei jedem derselben zeigt, dass die Eigenschaft des Monarchen, allein der Gesetzgeber zu sein, bereits feststehen muss, ehe die Frage, ob er allein Träger der Staatsgewalt sei, aufgeworfen werden kann. Dennoch werden diese Versuche auch von Anhängern der Laband—Jellinek'schen Theorie unternommen.

a) Hierher gehört vor allem der Hinweis auf den in zahlreichen deutschen Verfassungen und in Art. 57 W. S. A. vorkommenden Satz, dass der Monarch alle Staatsgewalt in seiner Hand vereinige[1]. Das Unzulässige dieser Argumentation wurde S. 72 ff. nachgewiesen.

---

verän sein"); Arndt in Birkmeyer's Encyklopädie, S. 842; v. Seydel, Staatsrecht, III. S. 572; v. Seydel in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 117; v. Seydel in Hirth's Annalen 1900, S. 356; G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 22, 24, 32, 46; G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 509, 523; Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 491, im Vgl. mit S. 129; Brie, § 2 seines Art. „Landesherr" in v. Stengel's Wörterbuch d. d. Verw.-R.; v. Stengel in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 169, im Vgl. mit S. 36 f.; Lustkandl in Mischler—Ulbrich's Österr. Staatswörterbuch, I. S. 788, 818; Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, S. 13; Geffcken, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 73; Eiswaldt, Die Rechte des Deutschen Kaisers an der Gesetzgebung, S. 8, 41. Auch Dantscher v. Kollesberg, Die politischen Rechte der Unterthanen, 1. Lief. S. 97, muss hier Erwähnung finden, nur dass er, statt auf den Monarchen als den „Träger der Staatsgewalt", auf das „monarchische Princip" hinweist. Analoges gilt von Dyroff in Hirth's Annalen 1889, S. 832, welcher statt „Träger der Staatsgewalt" lieber den Seydel'schen terminus „Herrscher" verwendet.

[1] v. Sarwey a. a. O., I. S. 30, II. S. 59; v. Seydel, Staatsrecht, III. S. 572; v. Seydel in Marquardsen—Seydel—Piloty,

b) Sodann die Berufung auf die „hiſtoriſche Stellung“ des deutſchen Monarchenthums[1]. Mit dieſem Argumente operieren auch diejenigen, welche ihre Behauptung, der Monarch habe auch *nach* Einführung der Verfaſſung die geſammte Staatsgewalt in Händen, damit begründen zu können glauben, daſs ſie auf die Thatſache verweiſen, daſs in den deutſchen Monarchien die Verfaſſung ein Erlaſs, eine „Selbſtbeſchränkung“ des Monarchen[2] und der Monarch der einzige Factor im Staate ſei, welcher ſeine Competenz von niemandem ableite[3]. Daſs alle dieſe hiſtoriſchen Thatſachen ungeeignet ſind, in der vorhin erörterten Weiſe als Beweis für die Richtigkeit des Satzes „der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ verwendet zu werden, wurde bereits S. 76 ff. dargethan.

Eine andere Frage iſt die, ob die hiſtoriſche Stellung des deutſchen Monarchenthums nicht geeignet iſt, *direct* zu beweiſen, daſs nur der Monarch allein den Geſetzesbefehl ertheilen könne. Dieſe letztere Frage wird an anderer Stelle (S. 133 ff.) beſprochen werden.

c) Schließlich gibt es auch Schriftſteller, welche, um die Richtigkeit des Satzes „der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ glaubhaft zu machen, darauf verweiſen, daſs dem Parlamente keine Function der Staatsgewalt *allein* zukomme, daſs alſo kein Act ſtaatlichen Imperiums vom Parlamente *ſelbſtändig* ins Leben geſetzt werden könne[4]. Das Fehlerhafte in der Concluſion, aus dieſer Thatſache

---

Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 18; G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 15 f.; G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 15, 226; Bornhak a. a. O., I. S. 128; Brie a. a. O., § 1; Dyroff a. a. O., S. 831 f.; Anſchütz a. a. O., S. 5 a. E. u. S. 5[1].

[1] G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 16; G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 226[8]; v. Stengel a. a. O., S. 35 f.

[2] Bornhak a. a. O., I. S. 130 f.

[3] v. Seydel, Staatsrecht, III. S. 548; Bornhak a a. O., I. S. 64 f.

[4] v. Seydel, Staatsrecht, II. S. 5 f.; v. Seydel in Marquardſen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 48; vgl. auch H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., II. S. 72, 80.

gleich auf die Richtigkeit des Satzes „der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ zu schließen, wurde S. 80 ff. festgestellt.

3. Nicht minder beliebt als das Argument „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt“ ist auch das von der zeitlichen Aufeinanderfolge der Willenserklärungen von Parlament und Monarch: „Der entscheidende und freie Wille, ob etwas Gesetz werden soll oder nicht, kommt allein bei der Sanction zur Entfaltung“ [1]. „Nur die Sanction erhebt einen Entwurf zum Gesetz“ [2]. Dem gegenüber wurde oben (S. 94 ff.) dargethan, dass das zeitliche Moment nicht

---

[1] Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 514.

[2] Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 495; vgl. auch Laband in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 81. In Betracht kommen hier ferner: v. Seydel in v. Holtzendorff's Jahrbuch 1878, S. 424; v. Seydel, Staatsrecht, III. S. 550, 572 („Zum Gesetze werden sie [sc. die Rechtsnormen] nicht durch die Beschlüsse der Kammern und nicht durch Vereinbarung zwischen Landtag und Krone, sondern nur durch den Willen des Königes“); v. Seydel in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 117 f.; v. Seydel in Hirth's Annalen 1898, S. 753; ebenda 1900, S. 357; G. Meyer in Hirth's Annalen 1878, S. 371; G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 23; Binding in der Krit. V. J. Schr., N. F. II., S. 550; H. Schulze a. a. O., II. S. 55; Ulbrich, Lehrb. d. österr. St.-R., S. 387; v. Sarwey a. a. O., II. S. 61 Zusatz 1; Gareis a. a. O., S. 60[3]; Seidler, Budget und Budgetrecht, S. 205; Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 363; Bornhak, Allg. Staatslehre, S. 176; Dantscher v. Kollesberg a. a. O., 1. Lief. S. 97; Brie im Arch. f. öff. R. IV., S. 19; Regelsberger, Pandekten, I. S. 91 lit. b; v. Stengel a. a. O., S. 169 a. E.; Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht, S. 230 Anm. 17, und, ihm sich anschließend, Zolger, Österr. Verordnungsrecht, S. 177[2]; Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preußen, S. 54; Kulisch, Beiträge zum österr. Parl.-Recht, S. 11; Arndt, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, S. 107; Arndt in Birkmeyer's Encyklopädie, S. 827. Auch Jellinek, Allg. Staatslehre, sympathisiert mit diesem Standpunkte; vgl. S. 622: „Das Recht der Gesetzessanction, d. h. der freien Entscheidung über das, was Recht werden soll“; S. 625: „Die Verleihung der Gesetzeskraft an ihre (sc. der Kammern) Beschlüsse hängt von seinem (sc. des Monarchen) Willen ab“; S. 639: „Nur das von ihnen (sc. den Kammern) Beschlossene kann zum Gesetz erhoben werden.“

imstande ist, in die Thätigkeiten von Monarch und Parlament eine Verschiedenheit zu bringen.

4. Endlich finden wir unter den Anhängern der Laband—Jellinek'schen Theorie auch das bereits S. 82[1] erörterte Argument vertreten, wonach der Monarch deshalb der alleinige Gesetzgeber sei, weil das Parlament für sich allein keine Gesetze geben könne[1]. Das Unzulässige dieser Argumentation braucht wohl nicht erst näher erörtert zu werden.

§ 38. Vermöge der historischen Entwicklung ist der Monarch allein im Besitze der zum Befehle nöthigen Macht.

Als ich früher (S. 131) auf die Unzulässigkeit der Methode hinwies, welche darin besteht, mit dem Hinweise auf die „historische Stellung" des deutschen Monarchenthums zuerst den Satz „Der Monarch — Träger der Staatsgewalt" begründen und aus diesem vermeintlich so bewiesenen Satze erst wieder den weiteren Satz, dass der Monarch allein den Gesetzesbefehl ertheile, ableiten zu wollen, ließ ich die Frage offen, ob nicht die historische Vergangenheit des deutschen Monarchen direct es bewirke, dass der Gesetzesbefehl nur vom Monarchen ausgehen könne, mit anderen Worten, ob nicht vermöge dieses historischen Momentes die Befehlsmacht ausschließlich dem Monarchen zukomme, so dass die Thätigkeit des Parlamentes in der Gesetzgebung nur als Zustimmung zu dem Befehlsacte des Monarchen bezeichnet werden könne.

Wäre dem so, dann würde in der That nicht, wie wir oben behauptet haben, schon in der bloßen Competenz zur Abgabe der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes die Befehlsmacht liegen, sondern es müsste noch ein rechtliches Plus hinzukommen. Rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes und Ertheilung des Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran) wären dann keine identischen Begriffe.

---

[1] Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 363.

Jellinek[1] ist der hauptsächlichste Vertreter dieser Richtung. Ausgehend von dem richtigen Satze, dass in der deutschen Monarchie „das Dasein einer Volksvertretung auf einer frei gewährten Concession des Fürsten beruhe“[2], findet er, dass dort „das Erlassen einer Verfassung nicht die Theilung, sondern die Einschränkung der fürstlichen Gewalt bedeute“[2], indem die Befehlsmacht, oder wie er es nennt, das Imperium, ausschließlich dem Monarchen verblieben sei, nur dass dieser die ihm allein zustehende Befehlsmacht bloß dann geltend machen könne, wenn er vorher die Zustimmung des Parlamentes eingeholt habe; das Parlament bilde also lediglich eine Schranke für die Ausübung der Befehlsbefugnis des Monarchen, an der Ausübung selbst nehme es nicht theil, der Gesetzesbefehl gehe vielmehr vom Monarchen allein aus. Der Monarch „allein kann wollen, aber er kann nicht .. alles wollen“[3].

Jellinek glaubt also, dass zur Befehlsmacht außer der rechtlichen Competenz zur Abgabe verpflichtender Willensäußerungen, dass man bestimmte Handlungen vorgenommen wissen wolle, noch etwas Drittes, ein Plus, gehöre, welches bewirke, dass nur die Thätigkeit des Monarchen den Charakter der Befehlsertheilung an sich trage.

Worin nun könnte dieses eine specifische „Befehlsmacht“ des Monarchen erzeugende Plus bestehen? Jellinek gibt uns darüber keine Andeutung. Allein die Antwort ist nicht schwer. Denn es gibt nur zwei Möglichkeiten:

a) Man kann die politische Thatsache im Auge haben, dass vermöge der historischen Stellung des deutschen Monarchenthums der deutsche Monarch allein es sei, der die zur Realisierung des Gesetzesbefehles, also zur Erzwingung der Beobachtung des geltenden

---

[1] Gesetz und Verordnung, S. 211 f., 314 f. Vor ihm wäre namentlich H. Schulze a. a. O., I. S. 527 Anm., zu erwähnen, wenn er sagt, dass „die ganze obrigkeitliche befehlende Gewalt in der Hand des Monarchen vereinigt ist“. Für das Deutsche Reich vgl. Geffcken a. a. O., S. 72 (Der Reichstag hat „keinerlei Befehlsgewalt“).

[2] Jellinek a. a. O., S. 211.

[3] Jellinek a. a. O., S. 212.

Gesetzes erforderliche politische Machtfülle im Staate in seinen Händen vereinigt halte.

b) Man kann aber auch auf die juristische Thatsache hinzielen, dass infolge der geschichtlichen Entwicklung staatsrechtlicher Zustände der deutsche Monarch allein im Staate die rechtliche Macht besitze, um die Beobachtung des Gesetzesbefehles zu erzwingen.

Ad a) Die an und für sich gewiss richtige Thatsache, dass der deutsche Monarch alle politische Machtfülle im Staate in seiner Hand vereinigt (s. oben S. 77 ff.), kann für die Lösung der formal-juristischen Competenzfrage der Ertheilung des Gesetzesbefehles unmöglich eine Bedeutung besitzen. Es ist methodisch vollkommen unzulässig, formal-juristische Competenzfragen im Hinblicke auf die concrete politische Machtvertheilung, den politischen Einfluss, beantworten zu wollen.

Dies können wir am besten an einem Beispiel, wie England, erkennen. Dort ruht heute das politische Schwergewicht, die politische Machtfülle, ausschließlich im Parlamente, nicht bei der Krone. Wäre nun die Frage nach der Competenz zur Ertheilung des Gesetzesbefehles lediglich im Hinblicke auf die politische Machtvertheilung zu beantworten, dann stünde es von vorne herein außer Zweifel, dass der Monarch in England mit der Ertheilung des Gesetzesbefehles nichts zu thun habe, dieser vielmehr lediglich vom Parlamente ausgehe. In Wahrheit aber dürfte es wohl niemandem einfallen, die Frage nach der Ertheilung des Gesetzesbefehles in England abhängig zu machen von der momentanen politischen Machtvertheilung. Vielmehr wird sich die Beantwortung der erwähnten Frage darnach richten, ob dem englischen Könige auch heute in der Gesetzgebung formal-juristisch die volle Freiheit der Entscheidung gewahrt ist oder nicht. Diese letztere Frage ist unter den Kennern des englischen Staatsrechtes strittig; viele behaupten, dass der englische König die Befugnis der freien Entscheidung in der Gesetzgebung durch derogatorisches Gewohnheitsrecht verloren habe. Wir brauchen uns in diesen Streit nicht zu mengen. Uns genügt es vielmehr festzustellen, dass, wenn der

englische König formal-juristisch die freie Entscheidungsbefugnis hätte, der Gesetzesbefehl von Parlament und Monarch gemeinsam, und nicht vom Parlamente allein, ertheilt würde, obwohl ausschließlich das Parlament im Besitze der politischen Machtfülle im Staate steht und die Krone jedes politischen Einflusses entkleidet ist. Nur für denjenigen, welcher die formal-juristische Competenz des Königs, freie Entscheidung zu üben, als nicht vorhanden ansieht, ist das englische Parlament allein, d. h. ohne den König, der Gesetzgeber. Man sieht also, dass die formal-juristische Competenzfrage nach der Ertheilung des Gesetzesbefehles trotz völlig gleicher politischer Sachlage ganz verschieden beantwortet werden kann je nach dem formal-juristischen Standpunkte, den man einnimmt, der beste Beweis, dass juristische Competenzfragen nicht durch die Art der politischen Machtvertheilung entschieden werden.

Dazu kommt noch folgende Erwägung: Allerdings wird die politische Machtvertheilung in hohem Grade beeinflusst von der formalen Rechtslage und wirkt selbst wieder auf die Aus- und Umbildung des formalen Rechtes ein. Allein trotz dieser steten Wechselbeziehungen sind politische Machtsphäre und juristische Competenzsphäre doch scharf von einander zu scheidende Dinge. Sie werden in ihrem Umfange einander nie gleichkommen. Die politische Machtvertheilung trägt den Charakter des Fluctuierenden an sich, während die formal-juristische Competenzvertheilung mehr zur Beständigkeit hinneigt (Starrheit der Rechtsnormen). Die politischen Verhältnisse können sich radical ändern, während die formal-juristische Sachlage, vorderhand wenigstens, noch die alte bleibt, um erst nachträglich den geänderten politischen Verhältnissen nachzuhinken. Diese Thatsache schließt es aus, dass man die formal-juristischen Competenzfragen von der gerade herrschenden politischen Machtvertheilung abhängig macht. In der deutschen Monarchie allerdings, wo sich die politische Machtvertheilung dermalen einer gewissen Stabilität erfreut, kommt dieser Gegensatz zwischen formal-juristischer Competenz und politischer Macht nicht so deutlich zum Ausdruck, und es liegt daher, wie ein Blick auf die Litteratur des

deutsch-monarchischen Staatsrechtes zur Genüge lehrt, die Versuchung nahe, beides mit einander zu vermengen. Allein schon wenn wir auf die junge, politisch noch nicht völlig geklärte Staatsschöpfung des Deutschen Reiches blicken, muss uns die Unmöglichkeit, juristische Competenzfragen unter Berücksichtigung der politischen Machtvertheilung lösen zu wollen, in die Augen fallen. Heute ruht das politische Schwergewicht im Bundesrathe. Wenn aber dann morgen ein entsprechend energischer Mann zur Kaiserwürde gelangt, kann sich in der ganzen Politik die Tendenz geltend machen, den politischen Schwerpunkt im Reiche in die Person des Kaisers zu verlegen. Particularismus und Unitarismus sind eben zwei Gegensätze, die innerhalb der formal-juristischen Grenzen der Reichs-Verfassung einen weiten Spielraum zu politischer Rivalität offen haben. Sollte da die formal-juristische Competenzvertheilung mit der politischen Machtvertheilung immer gleichen Schritt halten, dann gäbe es bald eine schöne Confusion, und die formalen Juristen thäten besser, ihren Beruf aufzugeben und unter die Politiker vom Fach zu gehen.

Ad b) Es bleibt also nur die zweite Möglichkeit übrig, nämlich anzunehmen, dass in der Thätigkeit des Monarchen im Gesetzgebungsverfahren deshalb ein Plus enthalten sei, weil er allein die rechtliche Macht besitze, die Befolgung des Gesetzesbefehles zu erzwingen. Man könnte dabei folgendermaßen argumentieren: „Der Monarch ist das unverletzliche, unverantwortliche Haupt der Verwaltung, und nur durch seine Verfügungen werden jene Machtmittel in Action gesetzt, welche zur Realisierung des Gesetzesbefehles nothwendig sind. Dazu kommt noch, dass das einzige Staatsorgan, welches die Gebarung der Verwaltung vermöge der Ministerverantwortlichkeit zu überwachen berufen ist, nämlich das Parlament, vom Monarchen beliebig aufgelöst, geschlossen, vertagt, uneinberufen gelassen werden kann, so dass auf diese Weise selbst diese einzige Controlle so ziemlich illusorisch gemacht zu werden vermag. Auf diese Weise ist also die Realisierung des Gesetzesbefehles thatsächlich ausschließlich dem Monarchen anheimgestellt. Er allein hat die nöthige rechtliche Macht; seine

Sache ist es, ob er von derselben **Gebrauch** machen will oder nicht. Und ist es andererseits **nicht** selbstverständlich, dass ein Befehl immer nur **von demjenigen** ertheilt werden kann, welcher auch **die rechtliche** Macht in Händen hat, die Befolgung dieses Befehles zu erzwingen?"

Diese letztere Frage muss meines Erachtens gewiss in *bejahendem* Sinne beantwortet werden; ohne Zweifel gehört es zum Wesen des Befehles, dass der Befehlende auch die rechtliche Macht besitzen muss, dem Befehle den gehörigen Nachdruck zu verleihen[1]. Allein damit ist nicht etwa auch schon entschieden, dass der Monarch allein den Gesetzesbefehl ertheilt. Denn vorher muss noch die Frage beantwortet werden, ob in der deutschen Monarchie wirklich der Monarch allein die rechtliche Macht in Händen hat, um die Befolgung des Gesetzesbefehles zu erzwingen. Ich glaube diese Frage *verneinen* zu müssen. Denn der Monarch, welcher die zur Erzwingung des Gesetzesbefehles nöthigen Mittel in Bewegung setzt, gehorcht dabei der ihm als Haupt der Verwaltung obliegenden rechtlichen *Pflicht*. Sobald daher die übereinstimmenden Willenserklärungen von Parlament und Monarch über den Gesetzesinhalt vorliegen, ist auch die Durchführung des nunmehrigen Gesetzes vermöge der rechtlichen Verpflichtung der Executive, sich an das Gesetz zu halten, *rechtlich gesichert*; der staatliche Verwaltungsapparat muss, sobald *Monarch und Parlament* gesprochen haben, sich mit *rechtlicher Nothwendigkeit* in Bewegung setzen. Infolge dessen sind die der Executive zuzustehenden Machtmittel zugleich Machtmittel von Parlament und Monarch geworden; Parlament und Monarch *gemeinsam* also sind im Besitze der rechtlichen Gewalt, die Staatsunterthanen zur Befolgung des Gesetzesbefehles zu zwingen. Erst dann, wenn Monarch *und* Parlament dem im Sinne des betreffenden

[1] Insofern muss den Ausführungen von *Schmitthenner*, Grundlinien d. allg. oder idealen St.-R., S. 276, *Rosin* in *Hirth's* Annalen 1883, S. 298 f., *Jellinek*, Allg. Staatslehre, S. 388 ff., vollinhaltlich zugestimmt werden, ebenso den oben (S. 118 f.) citierten Definitionen des Begriffes „Befehl" von *Thon* und *Jellinek*.

Gesetzes functionierenden Verwaltungsapparate in Form einer nova lex ein „Halt!“ zurufen, kommt derselbe zur Ruhe.

Man wird auf diese meine Argumentation vielleicht entgegnen, dass die bloße rechtliche Pflicht des Monarchen, als das Haupt der Verwaltung dem existenten Gesetze Geltung zu verschaffen, noch keineswegs zur Folge habe, dass die Befehlsgewalt dem Monarchen und Parlamente gemeinsam zukomme. Denn ob der Monarch dieser seiner Pflicht nachkommen wolle oder nicht, stehe vermöge seiner Unverletzlichkeit und Unverantwortlichkeit vollständig in seinem freiesten Belieben. Daher sei trotz allem er allein im Besitze der die Befehlscompetenz begründenden Macht, er allein ertheile den Gesetzesbefehl.

Dem gegenüber muss aber Folgendes festgestellt werden: Der Monarch, welcher einem Gesetze die Durchführung verweigert, begeht einen Verfassungsbruch. Die factische Möglichkeit hierzu mag er ja allerdings haben. Allein es wäre, wie schon S. 122[2] angedeutet wurde, ein methodischer Fehler, die factische Möglichkeit einer Rechtswidrigkeit einzuführen in die Beantwortung einer formal-juristischen Competenzfrage, wie es die Frage nach der Ertheilung des Gesetzesbefehles ist. Dass bei der juristischen Frage, ob die Machtmittel der Verwaltung vermöge der rechtlichen Pflicht dieser letzteren zu gemeinsamen Machtmitteln von Parlament und Monarch werden und der Gesetzesbefehl daher von beiden gemeinsam ausgehe, die factische Möglichkeit des Monarchen, sich über seine Pflicht rechtswidrig hinwegzusetzen, in keiner Weise in Betracht kommt, dürfte sich als richtig erweisen, wenn wir die rechtliche Macht betrachten, über welche der Monarch als Haupt der Verwaltung verfügt. Diese Macht löst sich in eine Unzahl rechtlicher Pflichtverhältnisse auf, in welchen die Beamten, Soldaten und sonstigen Staatsunterthanen gegenüber dem Monarchen stehen. Wenn wir nun bei der Frage, ob infolge der rechtlichen Pflicht der Verwaltung zur Durchführung des bestehenden Gesetzes die Befehlsmacht dem Monarchen und Parlamente gemeinsam zustehe, von der Möglichkeit eines Rechtsbruches durch den Monarchen als Haupt der Verwaltung ausgehen würden, so wäre es willkürlich und in-

conſequent, wenn wir hier bei der Frage, ob alle die vielen rechtlichen Pflichtverhältniſſe der Beamten, Soldaten und ſonſtigen Staatsunterthanen auch wirklich eine rechtliche Macht des Monarchen begründen, plötzlich von der Vorausſetzung ausgehen würden, daſs alle dieſe Perſonen ihre rechtliche Pflicht einhalten. Vielmehr müſsten wir conſequenter Weiſe auch hier von der Möglichkeit ausgehen, daſs die große Maſſe der Genannten die Erfüllung ihrer Rechtspflichten verweigern, mithin in die Revolution eintreten könnte. Damit wäre aber geſagt, daſs, wenn in Wirklichkeit vollkommen geordnete Zuſtände herrſchen und die große Maſſe ihren Rechtspflichten nachkommt, dies nicht auf dem Willen des Monarchen, ſondern vielmehr auf dem freien Willen der großen Maſſe, der Mehrzahl der Staatsangehörigen, beruhe. Die angebliche Macht des Monarchen hätte ſich auf dieſe Weiſe kurzer Hand in eine Macht des Volkes verwandelt. So wären wir glücklich bei der atomiſtiſchen Staatstheorie Rouſſeau's von der Volksſouveränität und der volonté générale angelangt! Dieſes abſurde Reſultat beweist, daſs uns in dem ganzen Exempel ein Rechenfehler unterlaufen ſein muſs. Und dieſer Fehler beſteht darin, daſs wir von Anfang, an die factiſche Möglichkeit eines Rechtsbruches bei Erörterung einer rechtlichen Competenzfrage mit in Berechnung gezogen haben. Die Möglichkeit eines Rechtsbruches darf eben nur bei Betrachtung der politiſchen Sachlage, nicht auch bei Erörterung einer juriſtiſchen Competenzfrage in Erwägung kommen[1] — abermals ein Beweis,

[1] Und auf dem Boden der politiſchen Betrachtungsweiſe können wir auch nie Gefahr laufen, zur Anerkennung der Rouſſeau'ſchen Volksſouveränität zu gelangen. Denn der Rechtsbruch durch die große Maſſe des Volkes erſcheint in einem normalen Staatsweſen als politiſche Abſurdität. Dagegen ſtellt ſich der Rechtsbruch durch das Einzelindividuum des Monarchen gewiſs als politiſche Möglichkeit, ja unter Umſtänden für die Erhaltung des Staatsweſens ſogar als politiſche Nothwendigkeit dar. Im Gebiete der praktiſch politiſchen Erwägungen alſo muſs hinſichtlich der Möglichkeit des Rechtsbruches bei der Einzelperſon des Monarchen ein ganz anderer Maßſtab angelegt werden als bei der großen Maſſe des Volkes. Im Gebiete formal-juriſtiſcher Erwägung dagegen müſste derjenige welcher mit der Möglichkeit des Rechtsbruches durch den Monarchen rechnet,

wie nothwendig es ist, den politischen und den juristischen Gesichtspunkt stets mit peinlichster Genauigkeit auseinanderzuhalten. Die Frage der rechtlichen Competenz, wie überhaupt jede Erörterung de lege lata, geht von der Voraussetzung aus, dass der geltende Rechtszustand vollinhaltlich eingehalten und beobachtet wird, und dass die durch ihn normierten rechtlichen Pflichten in vollkommen normaler Weise ihre Erfüllung finden. Juristische Competenzfragen können das complicierte staatliche Räderwerk von rechtlichen Pflichten nur in seinem normalen Betriebe zum Ausgangspunkte ihrer Betrachtungen nehmen[1]. Schließt man sich dieser Erkenntnis an, dann steht es fest, dass die zur Realisierung des Gesetzesbefehles nöthigen Machtmittel der Verwaltung vermöge der rechtlichen Pflicht der Verwaltung, sich in den Dienst des geltenden Gesetzes zu stellen, thatsächlich zu gemeinsamen Machtmitteln von Parlament und Monarch geworden sind. Sonach haben Parlament und Monarch gemeinsam die Disposition über die als Basis der Befehlscompetenz nöthigen Machtmittel in Händen, sie verpflichten aus der ihnen gemeinsam zustehenden „eigenen Macht“[2] die Staatsunterthanen[3]. Derjenige, welcher vermittelst des Argumentes

auch mit der theoretisch-formalen Möglichkeit des Rechtsbruches durch die große Masse des Volkes rechnen und dadurch zur Volkssouveränität gelangen, ein Ergebnis, das in seiner Fehlerhaftigkeit, wie schon gesagt, darauf hinweist, dass es nicht angeht, die factische Möglichkeit des Rechtsbruches mit juristischen Competenzfragen zu verquicken.

[1] Dies scheint nunmehr auch die Ansicht Jellinek's, Allg. Staatslehre, zu sein, wenn er z. B. S. 624 zwischen „höchster rechtlicher Gewalt“ und „anders gearteter realer Machtvertheilung“ unterscheidet; auch sonst, z. B. S. 504 f., 620, 624 f., kommt bei ihm der geläuterte Begriff der rechtlichen Macht im Gegensatze zur factisch-politischen Macht zu erfreulichem Ausdrucke.

[2] Rosin in Hirth's Annalen 1883, S. 299; Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 314.

[3] Demnach ist der Satz Jellinek's, Gesetz und Verordnung, S. 318, die Aufgabe des Parlamentes bestehe „in der Feststellung von Sätzen, welche den möglichen Inhalt künftigen Herrscherwillens bilden“, nur insofern richtig, als das Parlament Sätze feststellt, die den möglichen Inhalt des künftigen Willens des Monarchen bilden; aber die im Gesetze

„Befehlsmacht", „Imperium", „vis cogendi"[1], in die juristische Thätigkeit des Monarchen gelegentlich der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens ein Plus hineinzuconstruieren und darauf die Competenz des Monarchen zur alleinigen Ertheilung des Gesetzesbefehles aufzubauen versucht, vermengt einfach den juristischen mit dem politischen Gesichtspunkt[2].

Es ist somit nicht, wie Jellinek meint, möglich, dass der Monarch bei Erlass der Verfassung zwar dem Parlamente die Competenz eingeräumt habe, mit rechtlicher Relevanz, so wie er selbst, das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären, aber die Befehlsmacht ausschließlich sich allein vorbehalten und das Parlament so lediglich als beschränkenden Factor[3] neben sich gestellt habe. Aller-

---

liegende rechtliche Herrschaft kommt nicht lediglich im Willen des Monarchen, sondern im Willen von Parlament und Monarch gemeinsam zum Ausdruck.

Der Einwand, dass, wenn die soeben im Texte gemachten Ausführungen richtig wären, auch der Gläubiger zu dem Schuldner in einem Befehlsverhältnisse stehen würde, ist nicht stichhältig. Denn nicht etwa die Thatsache, dass der Gläubiger erst an den Arm der Gerechtigkeit appellieren muss, nimmt ihm die erwähnte Eigenschaft, vielmehr würde dies einem Befehlsverhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner nicht im Wege stehen. Die Ursache, warum hier ein solches nicht besteht, liegt wo anders, nämlich darin, dass der Willenserklärung des Gläubigers jene inhaltliche Beschaffenheit fehlt, welche dieselbe zu einem Befehle qualificieren würde (vgl. hierzu S. 115[2]). Übrigens sei hervorgehoben, dass auch Rosin a. a. O., S. 300 f., nur den von mir entwickelten Begriff der Befehlsmacht im Sinne haben kann, wenn er sogar gewissen innerstaatlichen Corporationen, die zur Durchsetzung ihrer Ansprüche doch unbedingt an die Machtmittel der staatlichen Verwaltung appellieren müssen, „eigene Macht", also Befehlsgewalt, zuspricht.

[1] S. Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 498.

[2] Vom politischen Standpunkte aus sieht sich die Sache natürlich ganz anders an. Während in juristischer Beziehung Parlament und Monarch infolge der rechtlichen Pflicht der Verwaltung, sich in den Dienst des geltenden Gesetzes zu stellen, einander völlig gleichstehen, an der Befehlsmacht vollkommen gleichartigen Antheil haben, ist es gewiss richtig, dass in politischer Beziehung die Stellung des Monarchen in der deutschen Monarchie eine ungleich stärkere ist als die des Parlamentes.

[3] Dieser Ausdruck natürlich nur in dem S. 49[1] festgestellten Sinne verstanden.

dings hätte es der Monarch bei Erlaſs der Verfaſſung in ſeiner Hand gehabt, die Befehlsmacht ausſchließlich ſich ſelbſt vorzubehalten. Allein er hätte dies nur dadurch bewerkſtelligen können, daſs er auch die Competenz zur Abgabe der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Geſetzesinhaltes ausſchließlich ſich ſelbſt vorbehielt. Nachdem aber — wenigſtens nach der Laband—Jellinek'ſchen Theorie — dieſe Competenz dem Parlamente ebenſo zukommt wie dem Monarchen, iſt damit bereits von vorne herein entſchieden, daſs über die bei der Geſetzgebung in Betracht kommende Befehlsmacht Parlament und Monarch gemeinſam disponieren, mit anderen Worten, daſs der Geſetzesbefehl von Parlament und Monarch gemeinſam ertheilt werde. Daran vermag die ſchönſte „hiſtoriſche Entwicklung" der deutſchen Monarchie nichts zu ändern.

Der an und für ſich gewiſs richtige Satz, wonach infolge der rechtlichen Continuität zwiſchen Conſtitutionalismus und Abſolutismus der deutſche Monarch alle jene Competenzen beſitzt, die ihm nicht ausdrücklich entzogen ſind, kommt alſo für die Frage, ob die Befehlsmacht in der Geſetzgebung dem Monarchen allein oder ihm gemeinſam mit dem Parlamente zukomme, gar nicht in Betracht, weil der Monarch, indem er dem Parlamente die Competenz zur Abgabe der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Geſetzesinhaltes eingeräumt hat, damit auch die Befehlsmacht zwiſchen ſich und das Parlament getheilt hat[1].

Das alles — ſo wird man mir vielleicht einwenden — ſehe ſich vom logiſchen Standpunkte aus recht gut an, allein man dürfe in der Darſtellung des poſitiven Rechtes mit dem Cultus des Logiſchen nie zu weit gehen. Das Recht könne auch unlogiſch ſein, und derjenige, welcher das nicht beachtet, ziehe ſich den Vorwurf

[1] Dies übrigens auch gegen v. Seydel, Commentar, S. 116, welcher zwar Reichstag und Bundesrath bezüglich der Feſtſtellung des Geſetzesinhaltes einander gleichſtellt, dennoch aber ſagt: „Es beſteht kein Anlaſs für die Annahme, daſs die Verbündeten für das Gebiet der gemeinſamen Geſetzgebung die geſetzgebende Gewalt mit der Volksvertretung haben theilen wollen."

naturrechtlicher Aspirationen zu. Daraus würde sich dann speciell für unseren Fall die Anwendung ergeben, dass der Monarch, auch wenn es unlogisch sein sollte, nichtsdestoweniger bei Erlass der Verfassung die positiv-rechtliche Verfügung treffen konnte und auch getroffen hat, dass zwar Parlament und Monarch in gleicher Weise mit rechtlicher Relevanz das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären haben, die Befehlsmacht, das Imperium, aber dennoch vollinhaltlich dem Monarchen erhalten bleibe.

Ich räume dieser Argumentation gegenüber sofort mit größter Bereitwilligkeit ein, dass das positive Recht niemals logisch, vernünftig, sein müsse. Der Gesetzgeber ist allmächtig. Er kann Normen mit ausgesprochener Vernunftswidrigkeit ins Leben rufen. Er könnte z. B. festsetzen, dass Menschen unter 16 Jahren und solche im Alter von 20 bis 24 Jahren ganz oder theilweise handlungsunfähig, dagegen Menschen im Alter von 16 bis 20 Jahren im Besitze voller Handlungsfähigkeit sein sollen.

In unserem Falle dagegen handelt es sich nicht darum, ob Unvernünftiges und Unlogisches Gegenstand von Rechtsvorschriften sein kann, sondern darum, ob A und non A in ein und demselben Rechtssysteme Platz finden können. Und diese Frage muss unbedingt verneint werden. Der Gesetzgeber kann logische, vernunftsmäßige Folgerungen, wie sie sich aus dem einen Rechtssatze ergeben würden, unberücksichtigt lassen und etwas ganz anderes als Recht proclamieren; das vorhin erwähnte Beispiel zeigt dies zur Genüge. Aber eine Grenze hat diese Allmacht des Gesetzgebers: An sich selber. Wenn er nämlich einmal die Norm A aufgestellt hat und dieselbe in Kraft bleiben soll, so kann er nicht gleichzeitig das contradictorische Gegentheil dieser Norm, non A, ebenfalls als Norm zur Geltung bringen. Dies aber wäre der Fall, wenn die Rechtsordnung festsetzen würde, dass Parlament und Monarch zwar beide mit rechtlicher Relevanz das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären haben, dennoch aber die Befehlsmacht ausschließlich dem Monarchen zukomme. Denn wie sich hier gelegentlich der Untersuchung über das Wesen der Befehlsmacht neuerlich gezeigt hat, sind „Rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes“

und „Ertheilung des Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran)“ identische Begriffe, und es ist daher für den Gesetzgeber unmöglich, das Eine dem Parlamente und Monarchen, das Andere dem Monarchen allein zuzuertheilen, — solange wenigstens, als er in deutscher Sprache redet, d. h. mit dem Wortschalle „Befehl“ denselben Begriff verbindet, wie die deutsche Sprache.

§ 39. Diverse andere Argumente.

1. Das Parlament äußert nur einen bedingten Willen. Vereinzelt treffen wir in der publicistischen Litteratur auf die Anschauung, dass das Parlament in der Gesetzgebung nur einen bedingten Willen äußere, d. h. die Erklärung abgebe, es wolle den Gesetzesinhalt nur unter der Bedingung, dass der Monarch seinerzeit dem Gesetzentwurfe die Sanction ertheilen werde. So finden wir bei Bornhak[1] den Satz, dass „indem ein Haus des Landtages einen Gesetzentwurf einbringt“, dasselbe „im voraus seine Zustimmung erklärt für den Fall, dass der König ein solches Gesetz erlassen will“. Und ganz in demselben Sinne spricht bereits v. Sarwey[2]. Wäre dieser Standpunkt berechtigt, dann müsste die herrschende Lehre, wonach der Monarch allein der Gesetzgeber sei, als richtig anerkannt werden. Denn es würde in diesem Falle zwischen den Erklärungen von Parlament und Monarch thatsächlich eine wesentliche Ungleichheit zu Gunsten des letzteren Factors bestehen. In Wirklichkeit aber erklärt das Parlament seinen Willen ebenso unbedingt, wie der Monarch. Dies ergibt sich aus der einfachen Erwägung, dass auch im Falle der Sanctionsverweigerung durch den Monarchen der den Gesetzentwurf acceptierende Beschluss des Parlamentes als solcher ganz und gar aufrecht erhalten bleibt und daher eine Divergenz zwischen dem Willen des Monarchen und dem des Parlamentes vorliegt,

[1] Preuß. St.-R., I. S. 494; in demselben Sinne auch Bornhak, Allg. Staatslehre, S. 174.

[2] Allg. Verwalt.-R., S. 24.

was nicht möglich wäre, hätte das Parlament nur unter der Bedingung „Ja“ gesagt, dass der Monarch die Sanction ertheilen werde. Das erwähnte Argument ist demnach vollkommen haltlos.

2. Bei allen unseren Untersuchungen handelt es sich um die Frage, ob in den Erklärungen von Parlament und Monarch nicht eine wesentliche Verschiedenheit zu bemerken sei, welche es rechtfertigen würde zu sagen, dass die Befehlsmacht, die Competenz zur Ertheilung des Gesetzesbefehles, ausschließlich dem Monarchen zukomme. Eine solche Verschiedenheit in den beiden Erklärungen wäre nun thatsächlich gefunden, wenn es richtig wäre, was Br. Schmidt über den Begriff des Wollens sagt.

„Überall endet .. das Wollen stets dort, wo nach der eigenen Vorstellung des Betreffenden die von ihm angeregte Causalitätsreihe abbricht“ [1].

Darnach könnte das Parlament im Gesetzgebungsverfahren der deutsch-constitutionellen Monarchie unmöglich die Erklärung abgeben, dass es den Gesetzesinhalt als Inhalt eines Gesetzes wolle. Solches könnte vielmehr nur Inhalt des Willens des Monarchen als des zeitlich zuletzt thätigen Factors sein. Damit stünde dann allerdings fest, dass nur der Monarch den Gesetzesbefehl ertheile. Br. Schmidt selbst hat zwar diese Consequenz nicht gezogen [2], aber von rechtswegen müsste sie gezogen werden. Und daher ist es nothwendig, festzustellen, dass die Voraussetzung, von welcher Br. Schmidt ausgeht, eine irrige ist: Sein Begriff des Wollens ist ein viel zu enger. Dies nachgewiesen zu haben, ist ein Verdienst Bierling's [3], dessen diesbezüglichen Ausführungen ich nichts mehr beizufügen habe. Damit erscheint das ganze Argument erledigt.

3. Auch eine andere Argumentation sei hier erwähnt. Dieselbe wird mit Vorliebe von v. Seydel und Bornhak ange-

---

[1] Der Staat, S. 25; vgl. auch S. 36 ff.

[2] Vielmehr ist er unter die Anhänger des Satzes gegangen, dass Parlament und Monarch in der Gesetzgebung eine rechtlich gleichartige Stellung einnehmen. Vgl. unten S. 227.

[3] Gesammtwille und Gesammthandlung, S. 9 ff.

wendet, und zwar nicht etwa speciell für die Construction des Gesetzgebungsverfahrens, sondern vielmehr für die Bestimmung des Staatsbegriffes überhaupt. Indem dieselben, wie S. 37 f. gezeigt worden ist, auch für die constitutionelle Monarchie den Beweis zu erbringen trachten, dass eine von der Person des Monarchen verschiedene Person des Staates, ein über der Person des Monarchen stehender Staatswille, nicht existiere, deuten sie auf die historische Thatsache hin, dass die Verfassung durch einen freien Willensact des Monarchen erlassen sei, und leiten daraus die Behauptung ab, dass auch in der Ära der Verfassung nach wie vor einzig und allein der Wille des Monarchen herrsche. Wäre diese Deduction richtig, dann würde sich daraus speciell für die Gesetzgebung ergeben, dass der deutsch-constitutionelle Monarch thatsächlich allein der Gesetzgeber ist. Allein der ganze Standpunkt ist ein von vorne herein verfehlter. Das dürften die S. 38 ff. gemachten Erörterungen gezeigt haben.

4. Verwandt mit diesem Argumente ist es, wenn dieselben Schriftsteller erklären: Auch in der constitutionellen Monarchie sei das Gesetz nur ein Willensact des Monarchen; denn der Monarch habe bei Erlass der Verfassung einfach erklärt, dass er in Hinkunft nur dasjenige als Gesetzgeber wollen werde, dem das Parlament zugestimmt habe; den gesetzgeberischen Willen habe also doch nur er allein zu erklären. Man kann dieses Argument auch so formulieren, dass man sagt: Das Parlament habe nicht selbst am Gesetzesbefehl Antheil zu nehmen, sondern nur zu erklären, es wolle, dass der Gesetzesbefehl vom Monarchen ertheilt werde.

Am deutlichsten wird auf dieses Argument hingewiesen von Bornhak, wenn er sagt: „Indem der König durch die von ihm erlassene Verfassungsurkunde die Formen seiner Willenserklärungen als Staatspersönlichkeit feststellt, bestimmt er, dass nicht in diesen Formen abgegebene Willenserklärungen gar nicht seinen Willen als Staatspersönlichkeit darstellen“[1].

[1] Preuß. St.-R., I. S. 131. In demselben Sinne lauten seine Ausführungen S. 134.

Also eine bloße „Form" für die „Willenserklärungen des Königs als Staatspersönlichkeit" soll die Erklärung des Parlamentes sein? Und ähnlich drückt sich v. Seydel[1] aus: „Der staatliche Willensact („staatlich" ist hier gleichbedeutend gebraucht mit „königlich"[2]), für welchen ein gleichheitlicher Willensact des Landtages Voraussetzung der Wirksamkeit ist, heißt Gesetz im formellen Sinne." Es ist klar, dass diese Argumentation v. Seydel's und Bornhak's im Grunde genommen dieselbe ist, die wir oben (S. 142 f.) bei Jellinek angetroffen haben, die Behauptung nämlich, der Monarch habe bei Erlass der Verfassung die ganze Befehlsmacht, das ganze Imperium, für sich behalten und das Parlament nur als beschränkenden Factor neben sich gestellt, so dass er nunmehr zwar „nicht mehr Alles wollen", aber doch noch immer nur „er allein wollen" könne. Wir dürfen hier daher im großen und ganzen auf die dort geübte Kritik verweisen. Allerdings hat sich der Monarch, indem er dem Parlamente die Competenz zur Abgabe der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes einräumte, an „Schranken" und „Formen" gebunden, aber diese Schranken, Formen, bestehen eben darin, dass der Monarch mit dieser Competenz dem Parlamente einen Antheil an der Befehlsmacht selbst eingeräumt hat, also nunmehr der Gesetzesbefehl von Parlament und Monarch gemeinsam ertheilt wird. Und ebenso ist es richtig, dass das Parlament erklärt, es wolle, dass der Gesetzesbefehl ertheilt werde; allein dadurch, dass diese seine Erklärung zum Zustandekommen des Gesetzes rechtlich erforderlich ist, nimmt das Parlament mit dieser seiner Erklärung an der Ertheilung des Gesetzesbefehles selbst theil.

---

[1] Staatsrecht, II. S. 11.

[2] Das ergibt sich aus dem unmittelbar folgenden Satze: „Die Form der Mitwirkung liegt ferner vor, wo der staatliche Willensact des Königs mit irgend welchem Zeitpunkte aufhört, ein solcher zu sein, ... wenn ein gleichheitlicher Willensact des Landtages nicht hinzutritt."

§ 40. Blanquettgesetz, Autonomie, Gewohnheitsrecht.

Unsere Stellungnahme gegenüber der Laband—Jellinek'schen Theorie beruht auf dem einen Satze, dass die rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes identisch sei mit der Ertheilung des Gesetzesbefehles (respective mit der Theilnahme daran). Könnte nun nachgewiesen werden, dass die rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes und die Ertheilung des Gesetzesbefehles sowohl zeitlich, als auch in Bezug auf die betheiligten Subjecte von einander getrennt sein können, dann wäre unser Standpunkt natürlich von vorne herein als unhaltbar erwiesen.

1. Das Blanquettgesetz. Bei Erwägung dieser Thatsache drängt sich uns die Frage auf, ob nicht bei einem Blanquettgesetze eine solche zeitliche und subjective Trennung vorliege, ob hier nämlich nicht der Gesetzesbefehl von dem das Blanquettgesetz Erlassenden ertheilt, die rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes dagegen von demjenigen abgegeben werde, welcher das Blanquett auszufüllen hat.

Nur bei einer oberflächlichen Betrachtung der Sachlage könnte man diese Frage in bejahendem Sinne beantworten.

Der im Blanquettgesetz zu Tage tretende Gesetzesbefehl geht in Wirklichkeit lediglich dahin, dass er die Staatsunterthanen anweist, im Gebiete der im Blanquettgesetze erwähnten Materie den Befehlen desjenigen Folge zu leisten, dessen Befehlscompetenz durch dieses Blanquettgesetz begründet wird. Dies und nichts anderes also ist der dem Blanquettgesetze zugrunde liegende Gesetzesinhalt: Er besteht lediglich in der Delegation von Befehlsbefugnis an einen Dritten, nicht aber in dem, was dann später in Ausführung dieses Blanquettgesetzes von dem durch dasselbe für competent erklärten Dritten angeordnet wird. Und die Formulierung dieses wahren Inhaltes des Blanquettgesetzes wird einzig und allein von demjenigen, der es erlässt, selbst vorgenommen. Ebenso umgekehrt: Indem der durch das Blanquettgesetz mit Competenz Ausgestattete nun seine Anordnungen formuliert, füllt er nicht das

inhaltsleere Blanquettgesetz aus, vielmehr hat letzteres, wie wir eben gesehen haben, seinen eigenen, durch den Blanquettgesetzgeber selbst geschaffenen Inhalt. Der von dem durch das Blanquettgesetz dazu berufenen Dritten geschaffene Inhalt ist Inhalt des von diesem Dritten selbst ausgehenden Befehles[1], Ausführungsgesetzes, Verordnung, oder welchen sonstigen Namen seine Emanationen haben mögen.

Blanquettgesetz und Ausführungsgesetz verhalten sich also zu einander nicht wie Gesetzesbefehl zu Gesetzesinhalt, sondern das Blanquettgesetz hat seinen Gesetzesinhalt[2] und seinen Gesetzesbefehl und ebenso das Ausführungsgesetz. Es liegen da zwei von einander verschiedene Befehle und Inhalte vor: Von einer zeitlichen oder subjectiven Trennung der Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes von der Ertheilung des Gesetzesbefehles kann somit nicht die Rede sein. Die Richtigkeit des Gesagten ergibt sich aus der Erwägung, dass ja fast jedes formelle Gesetz ein Blanquettgesetz darstellt, indem in demselben gewöhnlich gewisse Detailfragen der Regelung im Verordnungswege überlassen werden. Derjenige nun, welcher glaubt, dass das Blanquettgesetz sich zum Ausführungsgesetze verhalte wie der Befehl zum Inhalte, mit andern Worten, dem Ausführungsgesetze einen selbständigen Gesetzesbefehl abspricht, müsste consequenter Weise bei jeder auf gesetzlicher Delegation beruhenden Verordnung annehmen, dass die diese Verordnung erlassende Behörde lediglich den Inhalt des delegierenden Gesetzes feststelle, und dass der der Verordnung entsprechende Befehl an die Staatsbürger nicht von dieser Behörde ertheilt werde, sondern bereits durch das delegierende Gesetz den Staatsbürgern ertheilt

---

[1] Und mag es auch richtig sein, dass die „Bindungskraft" dieses Befehles auf der Existenz des im Blanquettgesetze enthaltenen Befehles beruht (vgl. Dyroff in Hirth's Annalen 1889, S. 879), ein Befehl bleibt es trotzdem. Auch Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1. Aufl., 2 Bde. 1872—1877, I. S. 74, nimmt diesen Standpunkt ein.

[2] Und wenn der Name Blanquettgesetz auf das Gegentheil hinweist, so ist es klar, dass er seine Entstehung nur einer rein äußerlichen, flüchtigen Auffassung verdankt.

sei [1]. Die Begriffe „Verordnungsinhalt“ und „Verordnungsbefehl“ würden also für derartige Verordnungen gar nicht existieren. Analoges müsste dann natürlich auch von jenen österreichischen Landesgesetzen gelten, welche auf Grund eines delegierenden Reichsgesetzes eine an und für sich der Reichsgesetzgebung zugewiesene Materie zu regeln haben. Über das Absurde eines solchen Resultates noch ein Wort zu verlieren, halte ich für überflüssig.

2. Die Autonomie. Auch bei der Autonomie soll eine zeitliche und subjective Trennung der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes von der Ertheilung des Gesetzesbefehles statthaben. v. Seydel ist es, welcher diesen Standpunkt vertritt. „Die Feststellung des Gesetzesinhaltes geschieht unabhängig vom Willen des Herrschers .... bei der sogenannten Selbstgesetzgebung (Autonomie). Aber die auf solche Art entstandenen Rechtssätze erhalten ihre Gesetzeskraft nur durch den Zwang, den ihnen der Herrscher beilegt..... Das Selbstgesetzgebungsrecht besteht in der vom Herrscher verliehenen Befugnis, Rechtssätze zu schaffen, die der Herrscher entweder im vorhinein oder nach geschehener Prüfung, nachträglich, mit dem Gesetzesbefehle ausstattet“ [2].

v. Seydel hält hier zwei Fälle scharf auseinander.

Der eine von ihnen, nämlich derjenige, bei welchem „der Herrscher .. im vorhinein .... mit dem Gesetzesbefehle ausstattet“, ist der bei weitem einfachere. Wir haben es bei demselben mit dem Schulbeispiele eines Blanquettgesetzes zu thun, und das über letzteres eben früher Gesagte dürfte hinreichen, um den Beweis zu erbringen, dass in dem erwähnten Specialfall

[1] Diese Auffassung hegt v. Seydel, Staatsrecht, III. S. 592 f. Der entgegengesetzten, richtigen Ansicht ist Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I S. 496 f.: „Gesetze im materiellen Sinne des Wortes können .. auch von untergeordneten Organen auf Grund einer verfassungsmäßigen oder gesetzlichen Ermächtigung gegeben werden.“ Vgl. auch G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 503, 515; Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 381 f.; Lustkandl in Mischler—Ulbrich's Österr. Staatswörterbuch, I. S. 796.

[2] v. Seydel a. a. O., III. S. 549. Vgl. auch v. Seydel in Hirth's Annalen 1900, S. 356.

der Autonomie eine zeitliche oder subjective Trennung der Erklärung des Gesetzesinhaltes von der Ertheilung des Gesetzesbefehles nicht vorliegt.

Complicierterer Art scheint der zweite Fall der Autonomie zu sein, jener nämlich, bei welchem „der Herrscher" die autonomische Satzung „nach geschehener Prüfung, nachträglich, mit dem Gesetzesbefehle ausstattet". v. Seydel hat dabei augenscheinlich den Fall der Autonomie der standesherrlichen Familien in Bayern im Auge, die ihre gesetzliche Regelung in nachstehender Weise gefunden hat: „Ihre nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung noch bestehenden Familienverträge bleiben aufrecht erhalten, und sie haben die Befugnis, über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, welche dem Souverän vorgelegt werden müssen, worauf sie, soweit sie nichts gegen die Verfassung enthalten, durch die obersten Landesstellen zur allgemeinen Kenntnis und Nachachtung gebracht werden" [1].

Meines Erachtens liegt auch bei dieser Art von Autonomie einfach der Fall eines Blanquettgesetzes vor; nur unterscheidet sich dieser Fall des Blanquettgesetzes von den bisherigen dadurch, dass hier der Monarch ein richterliches Prüfungsrecht, aber auch nur dieses [2], ausübt über die Frage, ob die in Aussicht genommene autonomische Satzung sich auch wirklich innerhalb der durch die gesetzliche Delegierung gezogenen Schranken hält, und dass nach vollzogener Prüfung die autonomische Satzung „durch die obersten Landesstellen", und zwar jetzt durch das Gesetz- und Verordnungsblatt [3], „zur allgemeinen Kenntnis und Nachachtung gebracht" wird. Aber an dem Wesen der Sache ändert dies nichts; § 9 l. c. behält dennoch den Charakter eines Blanquettgesetzes, das den standesherrlichen Familien eine Befehlsbefugnis delegiert.

---

[1] Vierte Beilage zur Verfassungsurkunde des Königreiches Bayern, § 9.

[2] Und nicht etwa ein freies Mitbestimmungsrecht. Auch v. Seydel gibt dies zu: „Einer Bestätigung durch denselben (sc. durch den König) unterliegen sie nicht. Jedoch hat der König das Recht, sie auf ihre Gesetzmäßigkeit zu prüfen." Staatsrecht, I. S. 619.

[3] v. Seydel a. a. O., I. S. 619.

Es wäre daher verfehlt, anzunehmen, dass der Gesetzesbefehl hinsichtlich aller autonomischen Satzungen in Bayern im vorhinein im § 9 l. c. enthalten sei und nur der Gesetzesinhalt von den Autonomieberechtigten formuliert werde. Ganz unhaltbar aber ist es, mit v. Seydel anzunehmen, dass die Ertheilung des Gesetzesbefehles in der vom Könige vorzunehmenden Prüfung und in der sohin stattfindenden Verlautbarung durch die obersten Landesstellen gelegen sei, also „nachträglich" stattfinde. Der König hat, indem er diese Prüfung vornimmt, doch nur eine richterliche Function, nicht die Function des Gesetzgebers, zu versehen. Er hat die ihm unterbreiteten autonomischen Satzungen auf ihre Gesetzmäßigkeit zu untersuchen. Kommt er dabei zu der Erkenntnis, dass diese Gesetzmäßigkeit vorhanden sei, dann trifft ihn die rechtliche Pflicht, die „Verlautbarung" der Satzungen zu veranlassen. Der in diesen Satzungen enthaltene Befehl geht ebensowenig vom Könige aus [1], als der Befehl einer Verordnung, deren Legalität angefochten und deren Geltungskraft bis zur Entscheidung des competenten Gerichtshofes ausgesetzt ist, von diesem Gerichtshofe ausgeht. Die standesherrliche Familie allein hat auf Grund des § 9 l. c. die, wie S. 113 ff. festgestellt worden, zum Wesen des Befehles nothwendige Competenz, den Inhalt des Befehles, den Inhalt der Satzung, wenigstens innerhalb eines Spielraumes, frei zu bestimmen. Nur von ihr geht daher der in dieser Satzung enthaltene Befehl aus [2].

---

[1] Dieses Moment der Pflicht unterscheidet die in Rede stehende Function des Königs von seiner Function im Gesetzgebungsverfahren. Im letzteren hat er die gleiche freie Entscheidung wie das Parlament — wenigstens nach der Annahme der Laband—Jellinek'schen Theorie. Daher ertheilen er und das Parlament gemeinsam den Gesetzesbefehl. Hier dagegen versieht er bloß eine richterliche, gebundene Thätigkeit, die freie Entscheidung ist lediglich Sache der standesherrlichen Familie, daher geht der bezügliche Befehl auch nur von ihr aus.

[2] Anders nach österreichischem Rechte. Hier ist das, was nach bayrischem Rechte Autonomie der standesherrlichen Familien ist, einfach Gegenstand der Gesetzgebung im formellen Sinne. Vgl. darüber die gediegenen Ausführungen von Pfaff—Hoffmann, Commentar zum österr. allg.

Und was die Vorschrift des § 9 l. c. betrifft, wonach die „Verlautbarung“ durch die „obersten Landesstellen“ zu erfolgen hat, so führt auch diese nicht dazu, dass der in der Satzung enthaltene Befehl vom Könige ertheilt werde. Vielmehr bedeutet die erwähnte Verfassungsnorm lediglich, dass der König die verfassungsmäßige Competenz hat, nach vorgenommener Prüfung der Gesetzmäßigkeit den von der standesherrlichen Familie ertheilten Befehl „verlautbaren“ zu lassen, d. h. die von der standesherrlichen Familie gemachte Willensäußerung des Befehles der Öffentlichkeit mitzutheilen[1]. An diesem juristischen Sachverhalte würde sich selbst dann nichts ändern, wenn diese „Verlautbarung“ im Gesetz- und Verordnungsblatt wirklich in der Weise formuliert sein sollte, dass sie als Verordnung des Königs erscheint, — ob dies der Fall ist, weiß ich nicht; es hätte dies für unsere Frage auch herzlich wenig Bedeutung! Die Stilisierung des Wortlautes wäre dann eben einfach eine incorrecte, weil mit dem wahren, durch die positiv-rechtlichen Vorschriften gegebenen juristischen Sachverhalte nicht in Einklang stehende.

Die v. Seydel'sche Auffassung über das Wesen der Autonomie und über die dadurch angeblich gegebene zeitliche und subjective Trennung der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes von der Ertheilung des Gesetzesbefehles entbehrt also jeder tieferen Begründung. Es möge übrigens hervorgehoben werden, dass nicht einmal der Begründer der Lehre vom Gegensatz zwischen Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl, nämlich

---

bürg. Gesetzbuche, I. B. 1. Abthlg., 1877, S. 271 ff., namentlich S. 274 f. Hier steht die standesherrliche Familie, wenn auch das Familiengesetz auf ihren Vorschlag hin erlassen sein sollte, zu demselben ebensowenig in einem staatsrechtlichen Verhältnisse, wie der Juristentag, welcher einen Gesetzentwurf ausarbeitet. Denn der rechtlich allmächtige Gesetzgeber könnte ja das betreffende Gesetz auch ohne Intervention der betreffenden Familie erlassen. Auch hier also liegt eine Trennung zwischen rechtlich relevanter Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes und Ertheilung des Gesetzesbefehles nicht vor.

[1] Über den Gegensatz von Ertheilung und Mittheilung des Befehles siehe Näheres unten S. 206 f.

Laband, auf dem Standpunkte v. Seydel's steht. Vielmehr erklärt derselbe ausdrücklich: „Der Begriff des Gesetzes umfasst . . auch die Autonomie in allen ihren Abstufungen und Anwendungen. Rechtsverbindliche Anordnungen von Rechtssätzen seitens der Gemeinden oder anderer öffentlich-rechtlicher Verbände oder der Grundherrschaften und anderer nicht souveräner Gewalthaber können auch Gesetze im materiellen Sinne des Wortes sein, wenn ihnen der Staat eine solche Befugnis delegiert hat“ [1].

3. Das Gewohnheitsrecht. Auch hier mag die Versuchung nahe liegen zu sagen, dass die Ertheilung des Gesetzes-, oder deutlicher gesagt, Rechtsbefehles losgelöst sei von der rechtlich relevanten Erkärung des Wollens des Gesetzes-, respective Rechtsinhaltes. Wenigstens lässt sich v. Seydel [2] in dieser Weise verstehen, wenn er sagt: „Die Feststellung des Gesetzesinhaltes geschieht unabhängig vom Willen des Herrschers beim Gewohnheitsrechte . . . . . Die Leute, welche durch ihre Gewohnheit den Rechtssatz schaffen, machen ihn nicht zum bindenden Gesetze. Wenigstens ist nicht zu ersehen, woher sie diese souveräne Gewalt haben sollten. Der Herrscher ist es, der den durch Gewohnheit gebildeten Rechtssatz zum Gesetze erhebt, indem er ihn anerkennt und ihm zwingende Kraft beilegt. Thut er dies nicht, so wird aus der Gewohnheit niemals ein Gesetz. Wenn also diese Gewohnheit nicht ohne den Willen des Herrschers Gesetz werden

---

[1] Staatsrecht, I. S. 497. In demselben Sinne auch G. Meyer in Hirth's Annalen 1878, S. 375; G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 193, 501; Lustkandl a. a. O., S. 784; Krainz—Pfaff, System des österr. allgem. Privatrechtes, 3. Aufl., besorgt von Ehrenzweig, I. 1899, S. 31 f. Unter den älteren Schriftstellern erscheint der Standpunkt v. Seydel's natürlich noch weniger vertreten. Vgl. z. B. Pözl, Bayr. Verf.-R., S. 139; Pözl, Lehrb. d. bayr. Verf.-R., S. 203; H. Schulze, Preuß. St.-R., II. S. 5 f.; H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 9 f.

[2] Staatsrecht, III. S. 549. Vgl. auch v. Seydel in Hirth's Annalen 1900, S. 356.

kann, so kann sie es noch viel weniger gegen dessen Willen werden"[1]. Dem gegenüber sei zunächst festgestellt, dass v. Seydel hier allem Anscheine nach jene Theorie im Auge hat, wonach jeder Gewohnheitsrechtssatz von der Staatsgewalt stillschweigend genehmigt sei. Bekanntlich nun ist die Richtigkeit dieser Theorie in höchstem Grade bestritten. Aber selbst wenn wir von dieser Thatsache absehen und annehmen, dass wirklich die Bildung jedes Gewohnheitsrechtssatzes das stillschweigende Einverständnis der Staatsgewalt erfordere, so bedeutet das noch immer nicht den Fall einer Trennung der Ertheilung des Rechtsbefehles von der Willenserklärung über den Rechtsinhalt. Denn einerseits kann da von der Ertheilung eines Rechtsbefehles, von der Abgabe einer Willenserklärung seitens der Staatsgewalt, absolut nicht die Rede sein, und andererseits findet auch seitens der „Leute", „welche durch ihre Gewohnheit den Rechtssatz schaffen", keine Willenserklärung über den Rechtsinhalt statt.

Der einzige Fall vielmehr, in welchem der Staat in Sachen des Gewohnheitsrechtes wirklich einen Befehl erlässt, eine Willenserklärung abgibt, ist der, dass der Gesetzgeber die Verfügung trifft, es sollen Gewohnheiten einer gewissen Qualität als Rechtsgewohnheiten angesehen werden. Da kann aber von einer Trennung der Ertheilung des Gesetzesbefehles von der Willenserklärung über den Gesetzesinhalt schon gar nicht gesprochen werden. Denn ein solches Gesetz stellt sich als ein einfaches Blanquettgesetz dar. Der Inhalt desselben besteht nicht etwa in den auf diese Weise zu Rechtsgewohnheiten erhobenen Usancen selbst, sondern lediglich in dem Satze, dass Usancen einer gewissen Qualität künftighin als Rechtsgewohnheiten zu gelten haben. Der Inhalt des vom Gesetzgeber ertheilten Gesetzesbefehles wird mithin nicht von den „Leuten",

---

[1] Noch schärfer kommt dieser Standpunkt in den Ausführungen von Br. Schmidt, Das Gewohnheitsrecht, S. 34, zur Geltung: Der Staat „erlässt für sich nur den Rechtsbefehl, während die Ausfüllung desselben mit dem entsprechenden Inhalte von ihm seinen Bürgern überlassen wird".

„Bürgern", sondern vom Gesetzgeber selbst geschaffen, und indem er ihn mit rechtlicher Relevanz als Gegenstand seines Willens erklärt, ertheilt er auch den diesbezüglichen Gesetzesbefehl. Ein Beispiel! Art. 1 des in Österreich geltenden Handelsgesetzbuches vom 17. Dec. 1862 Nr. 1 R. G. B. ex 1863 setzt das kaufmännische Gewohnheitsrecht als Subsidiarquelle des Handelsrechtes fest[1]. Es wäre nun denn doch etwas überspannt, wollte man behaupten, dass der Inhalt des in diesem Art. 1 enthaltenen Gesetzesbefehles durch die vielen Tausende von Handelsgewohnheitsrechtssätzen gebildet würde, welche im Laufe der Zeit entstanden sind. Und umgekehrt: Der im Art. 1 l. c. enthaltene Befehl wird nicht etwa zu einem in all den vielen Handelsgewohnheitsrechtssätzen enthaltenen Befehle, sondern er ist und bleibt lediglich der in Art. 1 l. c. enthaltene Befehl, gewisse eventuell sich bildende Gewohnheiten als Rechtsgewohnheiten zu betrachten. Die Gewohnheitsrechtssätze selbst enthalten überhaupt gar keinen Befehl; denn sie entstehen nicht durch einen bewussten Schöpfungsact. Dadurch unterscheiden sie sich von den auf Grund gesetzlicher Delegation erlassenen Verordnungen. Gemeinsam ist ihnen beiden, dass die Möglichkeit ihrer Entstehung geschaffen ist durch einen Act des Gesetzgebers, durch einen Befehl desselben, dahingehend, dass die Staatsunterthanen gewisse Gewohnheiten als Rechtsgewohnheiten zu respectieren, beziehungsweise den Befehlen des zur Erlassung von Verordnungen für competent Erklärten Folge zu leisten haben. Die Verschiedenheit liegt nur darin, dass die Verordnungen im Gegensatz zu den Rechtsgewohnheiten ihre Entstehung der bewussten Willensthätigkeit des Verordnenden verdanken. Die Folge dessen ist, dass die Gewohnheitsrechtssätze, wie schon erwähnt, einen Befehl nicht enthalten[2],

[1] Vgl. das Erkenntnis des k. k. O. G. H. vom 18. April 1879, Z. 2663, Adler—Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum H. G. B., Nr. 837; v. Canstein, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes, 2 Bde. 1895 f., I. S. 14 ff.

[2] Treffend drückt dies Laband aus, wenn er sagt, dass das Gewohnheitsrecht „zwar Rechtssätze enthält, deren Geltung aber nicht auf

während jede Verordnung ihren Befehl, den Verordnungsbefehl, hat. Das Ganze beruht auf dem wichtigen Gegensatze zwischen Rechtsschaffung und Rechtssprossung[1].

Von einer Trennung der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes und der Ertheilung des Gesetzesbefehles kann also auch beim Gewohnheitsrechte keine Rede sein.

4. Resumé. In jedem der eben erörterten drei Fälle: Blanquettgesetz, Autonomie, Gewohnheitsrecht, konnten wir die Bemerkung machen, dass unmöglich A den leeren Gesetzesbefehl ertheilt und B später einmal bei Gelegenheit den Gesetzesinhalt dazu liefert. Jeder Befehl trägt vielmehr seinen Inhalt schon von allem Anfang in sich, mag dieser Inhalt auch nur in einer bloßen Delegation von Befehlsbefugnis bestehen, wie es namentlich beim Blanquettgesetze der Fall ist. In der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes liegt die Ertheilung des Gesetzesbefehles.

In Erwägung dieser Thatsache, dass Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl jene formalistische Trennung, wie sie für das Blanquettgesetz, die Autonomie und das Gewohnheitsrecht versucht worden ist, in Wirklichkeit nicht vertragen, erscheint mir die in neuerer Zeit vollzogene Ausdehnung des Laband'schen Dualismus „Gesetzesinhalt — Gesetzesbefehl" auf den Rechtssatz schlechthin und die dem entsprechende Aufstellung der Begriffe „Rechtsgedanke, Rechtswille"[2] oder „Rechtsinhalt, Rechtsbefehl"[3] nicht den von ihr erhofften wissenschaftlichen Ertrag liefern zu können, wenngleich

---

einer Anordnung, also einem Willensacte, sondern auf dem Bewusstsein von der Rechtsverbindlichkeit einer thatsächlich bestehenden Übung beruht". Staatsrecht, I. S. 488 f. Und hervorgerufen wird dieses „Bewusstsein von der Rechtsverbindlichkeit" in unserem Falle eben durch den Befehl des Gesetzgebers, gewisse Gewohnheiten als Rechtsgewohnheiten zu respectieren.

[1] Dyroff in Hirth's Annalen 1889, S. 820.

[2] Binding in der Krit. V. J. Schr., N. F. II., S. 550; Binding, Handb. d. Strafrechtes, I. S. 197.

[3] Schultze, Privatrecht und Process, I. S. 87.

aber andererſeits auch nicht verſchwiegen werden darf, daſs ſie ganz unſchädlich iſt, wenn ſie in demſelben Sinne, wie oben (S. 112) der Laband'ſche Dualismus, aufgefaſst wird.

§ 41. Regierungsvorlagen.

In ähnlicher Weiſe, wie in den Fällen des Blanquettgeſetzes, der Autonomie und des Gewohnheitsrechtes, glaubt man auch bei Regierungsvorlagen eine Trennung der Erklärung des Wollens des Geſetzesinhaltes von der Ertheilung des Geſetzesbefehles vor ſich zu haben, weil dieſelben, auch wenn ſie im Parlamente unverändert zur Annahme gelangt ſind, dennoch, um Geſetz zu werden, dem Monarchen noch einmal, zur endgiltigen Entſchließung, vorgelegt werden müſſen. Hier zeige ſich — ſo meint man — mit voller Deutlichkeit, daſs die Erklärung über den Geſetzesinhalt den Geſetzentwurf noch nicht zum Geſetz mache, alſo mit der Ertheilung des Geſetzesbefehles nicht identificiert werden dürfe. Der Monarch habe durch die Einbringung der Vorlage im Parlamente wohl ſein Votum über den Geſetzesinhalt abgegeben, allein damit die, wenn auch vom Parlamente unverändert angenommene Regierungsvorlage Geſetz werde, müſſe noch etwas hinzukommen: Der Geſetzesbefehl. Der Fall der Regierungsvorlage liefere alſo den klaren Beweis einerſeits dafür, daſs die Erklärung über den Geſetzesinhalt etwas ganz anderes ſei, als die Ertheilung des Geſetzesbefehles, da beide hier zeitlich von einander gänzlich getrennt ſeien, andererſeits dafür, daſs nur dem Monarchen die Ertheilung des Geſetzesbefehles zukomme, da nur er — nicht auch das Parlament — zweimal über die Regierungsvorlage zu entſcheiden hat und ſich dies nur ſo erklären laſſe, daſs er das eine Mal ſein Votum über den Geſetzesinhalt abgebe, das andere Mal aber die Ertheilung des Geſetzesbefehles vornehme.

Laband ſelbſt hat ſich, und zwar von dem Momente an, in welchem er mit ſeiner Geſetzgebungstheorie in die Öffentlichkeit trat, dieſes Argumentes bemächtigt und bedient ſich desſelben auch

heute noch mit ungeschwächter Energie — allerdings nur in Bezug auf die deutsche Reichsgesetzgebung, also in Ansehung des Verhältnisses zwischen Reichstag und Bundesrath; auf die Gesetzgebung der deutsch-constitutionellen Monarchie wendet er nicht diese, sondern eine andere, wenn auch in der Methode verwandte Construction an, der wir im nächsten Paragraphen unsere Aufmerksamkeit zuwenden wollen.

Dass Laband die erwähnte Argumentation für die Construction der deutschen Reichsgesetzgebung verwertete, erklärt sich aus der verführerischen Formulierung der diesbezüglichen Verfassungsbestimmung. Art. 7 R. V. beginnt nämlich mit dem Satze: „Der Bundesrath beschließt: 1. Über die dem Reichstage zu machenden Vorlagen und die von demselben gefassten Beschlüsse" — also auch über solche Bundesrathsvorlagen, welche den Reichstag unverändert passiert haben[1].

Dies veranlasst nun Laband zu folgender Deduction: „Da .. der Bundesrath auch an der Feststellung des Gesetzesinhaltes Antheil nimmt, so kann die Zustimmung des Bundesrathes zu dem Inhalte des Gesetzentwurfes mit dem Beschluss, denselben zu sanctionieren, in einen und denselben Act zusammenfallen und infolge dessen die Bedeutung dieses letzteren verdunkelt werden. Dessen ungeachtet ist es nicht schwierig, beide Momente von einander zu unterscheiden; denn die beiden Beschlüsse werden nicht in allen Fällen gleichzeitig und uno actu gefasst. Es tritt dies deutlich zu Tage, wenn ein Gesetzesvorschlag vom Bundesrath ausgeht und vom Reichstage unverändert angenommen wird. Obwohl der Bundesrath schon früher als der Reichstag mit dem Inhalt des Gesetz-

[1] Gierke in Grünhut's Zeitschr. VI., S. 230, glaubt, dass die erwähnte Verfassungsbestimmung eine Competenz des Bundesrathes, über seine vom Reichstage unverändert angenommenen Vorlagen noch einmal zu beschließen, nicht begründe, ist aber mit dieser seiner Auffassung, und zwar mit Recht, ziemlich vereinzelt geblieben. Siehe darüber statt aller Laband, Staatsrecht, I. S. 517, 517[1].

entwurfes sich einverstanden erklärt hat, so muss der Bundesrath dennoch, wenn die Vorlage aus dem Reichstage an ihn zurückgelangt, einen zweiten Beschluss fassen, welcher darauf gerichtet ist, den Gesetzentwurf dem Kaiser zur Ausfertigung und Verkündigung zu unterbreiten. Dieser Beschluss enthält die Sanction des Gesetzentwurfes“[1].

So bestechend diese Ausführungen Laband's auf den ersten Blick auch sein mögen: Bei näherer Prüfung vermögen sie der juristischen Kritik nicht Stand zu halten.

Die rechtlich relevante Erklärung des Bundesrathes, dass er den Gesetzesinhalt wolle, liegt nicht in dem ersten Bundesrathsbeschlusse, durch welchen die Vorlage an den Reichstag überwiesen wird, sondern erst in dem zweiten Beschlusse, wenn die Vorlage vom Reichstage wieder an den Bundesrath zurückgelangt ist. Von einer Trennung der Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes und der Ertheilung des Gesetzesbefehles kann also auch bei Bundesrathsvorlagen nicht die Rede sein.

---

[1] Laband, Staatsrecht, 1. Aufl., II. S. 33; 3. Aufl., I. S. 517; vgl. auch Laband in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 79 f., 82. Auf dem Standpunkte Laband's stehen: Zorn in v. Holtzendorff's Rechtslexikon, 3. Aufl., I. S. 437; Zorn, Staatsrecht, I. S. 409—414; H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., II. S. 117 f.; Hensel in Hirth's Annalen 1882, S. 24; v. Seydel, Commentar, S. 116 f.; Arndt, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, S. 177, 180; Geffcken, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 55; Eiswaldt, Die Rechte des Deutschen Kaisers an der Gesetzgebung, S. 14 f., 41 ff. Vgl. übrigens bereits v. Rönne, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl., II. 1877, 1. Abthlg., S. 48 f., nur dass dieser den Ausdruck „Gesetzesinhalt“ natürlich noch nicht anwendet. Für Regierungsvorlagen in der Monarchie wird der analoge Standpunkt, abgesehen von Murhard, Die Initiative bei der Gesetzgebung, S. 148 (welcher mehr die politische, als die juristische Seite der Sache im Auge zu haben scheint) eingenommen von Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 498 f.; Bornhak, Allg. Staatslehre, S. 176; v. Seydel, Commentar, S. 116; Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preußen, S. 10, 31, 54 ff.

Begründung: Es wurde oben S. 95 kurz berührt, daſs die rechtlich relevanten Erklärungen von Parlament und Monarch, daſs sie den Gesetzesinhalt wollen, in einem gesetzlich fixierten Turnus stehen müssen, indem die diesbezügliche Willenserklärung des Monarchen erst dann erfolgen kann, wenn das Parlament gesprochen hat. Ebenderselbe Turnus nun besteht auch in der deutschen Reichsgesetzgebung: Der Bundesrath kann die rechtlich relevante Erklärung, daſs er den Gesetzesinhalt wolle, erst dann abgeben, wenn der Reichstag seinerseits erklärt hat, daſs er diesen Gesetzesinhalt wolle[1]. Dies und nichts anderes besagt die cit. Bestimmung des Art. 7 R. V. Der hiermit statuierte Turnus muſs auch bei den Bundesrathsvorlagen eingehalten werden. Bei denselben liegt die rechtlich relevante Erklärung des Bundesrathes, daſs er den Gesetzesinhalt wolle, erst in dem zweiten, nicht in dem ersten Bundesrathsbeschlusse. Der rechtliche Inhalt dieses letzteren besteht nicht darin, daſs der Bundesrath erklärt: „Ich will den Gesetzesinhalt", sondern lediglich darin, daſs der Bundesrath den Willen äußert, der Entwurf solle dem Reichstage zur Berathung und Beschlussfassung vorgelegt werden. Nur das ist der formalrechtliche Inhalt dieses Bundesrathsbeschlusses[2]. Zum materiell-politischen Inhalte desselben allerdings wird zugleich auch die Gutheißung des Gesetzesinhaltes gehören. Allein zwischen formalrechtlichem und materiell-politischem Inhalte einer Willenserklärung muſs stets scharf unterschieden werden — schärfer als dies zuweilen in der bisherigen Litteratur geschehen ist, wie gerade der vorliegende Fall beweist.

---

[1] In der Verfassung des nordd. Bundes war dieser Turnus gemäß Art. 37 Z. 1 nur für die in Art. 35 erwähnten Gegenstände der Bundesgesetzgebung normiert. Allein die Praxis hat ihn, wie aus den Ausführungen von G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 48 f., hervorgeht, auf alle Fälle der Bundesgesetzgebung ausgedehnt — offenbar, um dadurch gewissen, oben (S. 98 f.) angedeuteten politischen Rücksichten Rechnung zu tragen. Vgl. auch Eiswaldt a. a. O., S. 42 f.

[2] S. die richtigen Ausführungen bei Hänel, Studien, II. S. 151 f.; G. Meyer a. a. O., S. 54 ff.; Frormann im Arch. f. öff. R. XIV., S. 64 f.

Der formal-rechtliche, oder wie man auch sagen kann, rechtlich relevante Inhalt einer Willenserklärung ist jener Inhalt, den die Rechtsordnung in dieselbe hineinlegt, mit anderen Worten jener Inhalt, um dessentwillen die Rechtsordnung die betreffende Willenserklärung überhaupt abverlangt, ehe sie den an diese Willenserklärung sich anschließenden rechtlichen Effect eintreten läßt.

In unserem Falle nun ist es der Rechtsordnung erst bei dem zweiten Bundesrathsbeschlusse darum zu thun, zu wissen, ob der Bundesrath den Gesetzesinhalt wolle oder nicht.

Dies ergibt sich aus folgender Erwägung: Würde es der Rechtsordnung schon beim ersten Bundesrathsbeschlusse darum zu thun sein, zu wissen, ob der Bundesrath den Gesetzesinhalt wolle, dann würde sie bei Bundesrathsvorlagen vom Bundesrathe diese Erklärung über den Gesetzesinhalt zweimal abverlangen[1]. Nun kommt es allerdings manchmal vor, daſs die Rechtsordnung ein und dieselbe Erklärung, damit sie wirksam werde, von ein und demselben Factor innerhalb bestimmter Intervalle mehrmals abfordert. So z. B. in Staaten mit suspensivem Veto des

---

[1] Der Einwand, daſs die Rechtsordnung auch bei Bundesrathsvorlagen die Erklärung des Bundesrathes über den Gesetzesinhalt nur einmal, nämlich gelegentlich des ersten Bundesrathsbeschlusses, abverlange, während der zweite Bundesrathsbeschluſs keine Erklärung über den Gesetzesinhalt, sondern die Ertheilung des Gesetzesbefehles zum Gegenstande habe, ist nicht stichhältig. Denn selbst angenommen, es wäre richtig, daſs in diesem zweiten Beschlusse des Bundesrathes die Ertheilung des Gesetzesbefehles (Sanction) liegt, würde doch auch dieser Beschluſs eine rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes bedeuten, da sich beides von einander nicht trennen läſst: Wenn es der Rechtsordnung bei dem zweiten Bundesrathsbeschlusse darum zu thun ist, zu wissen, ob der Bundesrath die Ertheilung des Gesetzesbefehles wolle, so ist es ihr dabei eo ipso auch darum zu thun, zu wissen, ob er den Gesetzesinhalt wolle. Dies ist übrigens von Laband selbst anerkannt, indem er den Satz Jellinek's und der Vorgänger desselben, in der Ertheilung des Gesetzesbefehles liege immer auch die Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes (s. oben S. 107 f.), acceptiert hat (s. oben S. 110).

Monarchen die wiederholte Annahme des Gesetzentwurfes durch das Parlament. In allen derartigen Fällen aber hat die Thatsache, dass die Rechtsordnung ein und dieselbe Erklärung mehrmals abfordert, ihre tiefe Begründung. Ganz anders bei den Bundesrathsvorlagen. Hier würde die Rechtsordnung die zweimalige Erklärung des Bundesrathes über den Gesetzesinhalt nur dann abverlangen, wenn es der blinde Zufall will, dass im concreten Falle die Initiative nicht vom Reichstage, sondern vom Bundesrathe ausgeht. Die ratio legis kann also — entgegen der Laband'schen Interpretation — nur die sein, dass es der Rechtsordnung erst beim zweiten Bundesrathsbeschlusse darum zu thun ist, zu wissen, ob der Bundesrath den Gesetzesinhalt wolle, und dass sie den ersten Bundesrathsbeschluss nur deshalb abverlangt, damit der Bundesrath, obwohl er erst nach gefasstem Reichstagsbeschlusse mit rechtlicher Wirkung das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären hat, dennoch auch in die Lage komme, das Gesetzgebungsverfahren in Gang zu setzen. Der erste Bundesrathsbeschluss könnte daher — vom formal-juristischen Standpunkte aus — in seinen Details ohne Anstand dahin lauten: Der Bundesrath wisse zwar noch nicht, ob er mit dem Inhalte dieses Gesetzentwurfes einverstanden sein werde, allein nachdem er, wenn der Reichstag gesprochen hat, ohnehin noch einmal zu Worte kommen müsse, so beschließe er doch, dass dieser von ihm dermalen noch nicht gewollte Gesetzesinhalt dem Reichstage zur Berathung und Beschlussfassung vorgelegt werde[1]. Politisch möglich ist ein solcher Beschluss natürlich nicht, wohl aber juristisch denkbar, und einzig und allein um diese juristische Denkbarkeit handelt es sich hier, wo es gilt, den formal-rechtlichen Inhalt des Beschlusses herauszuschälen. Dieser geht also, um es zu wiederholen, lediglich dahin, dass der Entwurf dem Reichstage zur Berathung und Beschlussfassung vor-

[1] Ja der Bundesrath könnte sogar erklären: Er wolle diesen Gesetzesinhalt nicht, aber da er noch einmal zu Worte komme und inzwischen seine Ansicht auch ändern könne, beschließe er nichtsdestoweniger die Vorlage des Gesetzentwurfes an den Reichstag.

gelegt werden solle[1 2]. Alles andere, was Laband als Inhalt dieses Beschlusses ansieht, ist nur materiell-politischer Inhalt und kann daher, wie wir eben gesehen haben, auch fehlen, ohne dass der rechtliche Charakter des erwähnten Bundesrathsbeschlusses dadurch auch nur im geringsten afficiert würde.

Es ist das derselbe Fall, wie dort, wo ein Parlamentsmitglied einen Gesetzentwurf dem Hause vorlegt. Materiell wird bereits in diesem Acte des Antragstellers die Erklärung enthalten sein, dass er den Gesetzesinhalt wolle. Formell dagegen liegt diese seine Erklärung einzig und allein im Abstimmungsacte.

Wenn Laband trotz alledem der Ansicht ist, dass bereits der erste Bundesrathsbeschluss zum rechtlichen Inhalt die Erklärung habe, dass der Bundesrath den Gesetzesinhalt wolle, so erklärt sich dies nur aus dem Mangel einer Unterscheidung zwischen materiell-politischem und formal-juristischem Inhalte einer Willenserklärung[3].

Dieser Mangel zeigt sich namentlich auch in den polemischen Bemerkungen, die er in dieser Frage gegenüber G. Meyer macht[4], welcher, wie schon S. 162 Anm. 2 erwähnt, auf dem von mir hier vertretenen Standpunkte steht. Gewiss ist es richtig, dass, wie Laband gegen G. Meyer hervorhebt, die Verhandlungen des Bundesrathes „sich in der Regel eingehend mit dem Inhalt und der Wortfassung des Gesetzentwurfes

---

[1] Zu allem Überflusse sei bemerkt, dass Art. 7 Z. 1 R. V. den rechtlichen Inhalt dieses ersten Bundesrathsbeschlusses vollkommen correct formuliert, indem er sagt: „Der Bundesrath beschließt über die dem Reichstage zu machenden Vorlagen."

[2] Analoges gilt natürlich auch dort, wo der Bundesrath einen Beschluss des Reichstages amendiert. Die rechtliche Erklärung des Bundesrathes, dass er den Inhalt des Amendements wolle, liegt nicht in dem Amendierungsbeschluss selbst, sondern erst in demjenigen Beschlusse, welcher der unveränderten Annahme des Amendements durch den Reichstag folgt. Der rechtliche Inhalt des Amendierungsbeschlusses geht lediglich dahin, dass das Amendement dem Reichstage zur Berathung und Beschlussfassung vorgelegt werden solle.

[3] Dies gilt natürlich auch von seinen S. 161[1] aufgezählten Anhängern.

[4] Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 509[1]. Zustimmend v. Seydel, Commentar, S. 116.

beschäftigen". Allein das ist nur ein Beweis dafür, dass es für den Bundesrath eine politische Pflicht oder zum mindesten ein Gebot politischer Opportunität ist, nur solche Vorlagen an den Reichstag gelangen zu lassen, von denen es bereits erwiesen ist, dass der Bundesrath auch mit ihrem Inhalte einverstanden ist. Damit aber ist diese Gutheißung des Gesetzesinhaltes nicht auch schon zum formalrechtlichen Inhalte des ersten Bundesrathsbeschlusses avanciert! Sie ist und bleibt vielmehr bloß materiell-politischer Inhalt dieses Beschlusses. Würde sich der Bundesrath nicht von praktisch-politischen Rücksichten, sondern von rein theoretisch-juristischen Erwägungen leiten lassen, dann würde er die Berathung des Inhaltes der Vorlage auf die zweite Beschlussfassung aufschieben[1].

Damit ist aber die erwähnte Polemik Laband's gegen G. Meyer noch nicht erledigt. Vielmehr bringt Laband für die Richtigkeit seines Standpunktes noch andere Argumente vor, die ich, selbst auf die Gefahr hin, weitschweifig zu werden, Revue passieren lassen muss, weil sie zugleich Einwände gegen die hier von mir vertretene Auffassung darstellen.

So macht er auch folgenden Einwand geltend: „Auch setzt die vom Bundesrath an den Reichstag gerichtete Aufforderung, dem vorgelegten Gesetzentwurfe die Zustimmung zu ertheilen, voraus, dass der Bundesrath mit demselben inhaltlich einverstanden ist, nicht bloß, dass er die Berathung des Entwurfes im Reichstage wünscht"[2]. Dieser Satz Laband's knüpft an eine Behauptung G. Meyer's[3] an, wonach der erste Bundesrathsbeschluss „gar nicht die Abstimmung des Bundesrathes über den Gesetzentwurf selbst, sondern nur darüber enthält, ob zu demselben die Zustimmung des Reichstages eingeholt werden soll". Ich räume ein, dass, wenn der erste Bundesrathsbeschluss wirklich dahin gienge, die Zustimmung des Reichstages einzuholen, die Entgegnung Laband's vollauf berechtigt wäre. Aber hat der

---

[1] Den Fehler, materiell-politischen und formal-juristischen Inhalt einer Willenserklärung mit einander zu verwechseln, begeht auch Fricker in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 50 B., S. 389, wenn er bezüglich der Regierungsvorlagen vor der Auffassung warnt, „als ob die Regierung ihre eigene Ansicht und Absicht in dem Entwurfe noch gar nicht zum Ausdrucke gebracht habe, sondern dies erst nach Anhörung der Stände zu thun gedenke. Eine solche Indifferenz der Regierung ihrem eigenen Entwurf gegenüber wäre nicht zu verstehen".

[2] Laband a. a. O.

[3] Der Antheil der Reichsorgane, S. 55.

erste Bundesrathsbeschluss auch wirklich diesen rechtlichen[1] Inhalt? Laband behauptet es[2], allein er bleibt uns hierfür den Beweis schuldig. Dem gegenüber muss ich die Behauptung aufstellen, dass der rechtliche Inhalt des ersten Bundesrathsbeschlusses nicht auf Einholung der Zustimmung, sondern nur auf Einholung der Beschlussfassung des Reichstages geht. Wie der Beschluss des Reichstages ausfallen soll, ob zustimmend oder ablehnend, das wird zwar jedenfalls zum materiell-politischen Inhalte des Bundesrathsbeschlusses gehören, gehört aber nicht zum formal-rechtlichen Inhalte desselben. Die Richtigkeit des Gesagten ergibt sich aus den soeben über den rechtlichen Inhalt des ersten Bundesrathsbeschlusses gemachten Ausführungen. Dieses Argument Laband's zieht also nicht.

Schließlich und endlich glaubt Laband[3], die Richtigkeit seiner Auffassung noch damit begründen zu können, dass er sagt: „Dasselbe gilt vice versa auch von einem aus der Initiative des Reichstages hervorgegangenen Entwurfe. Der Beschluss des Reichstages ist auch nicht bloß eine Aufforderung an den Bundesrath, dass er sich mit dem Gesetzentwurf einmal beschäftigen möge, sondern er enthält die Zustimmung des Reichstages zum Gesetzentwurf selbst. Die Verfassung gibt keinen Anhaltspunkt dafür, zwischen den Beschlüssen des Bundesrathes und des Reichstages eine so schwerwiegende Verschiedenheit anzunehmen." Dem ist zu erwidern: Gewiss besteht diese „schwerwiegende Verschiedenheit". Und wenn auch dieselbe in der Verfassung nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, so ist sie doch bereits damit gegeben, dass vermöge des in Art. 7 Z. 1 R. V. normierten Turnus zwischen Reichstag und Bundesrath letzterer immer erst nach dem Reichstage die rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes abgeben kann. Dies glaube ich S. 161 ff. nachgewiesen zu haben.

Das aus all diesen Erörterungen sich ergebende Resultat, wonach bei Bundesrathsvorlagen die Erklärung des Bundesrathes

---

[1] Ich betone ausdrücklich „rechtlicher Inhalt"; denn nur um diesen handelt es sich uns hier. Der materiell-politische Inhalt des Beschlusses natürlich wird unter jeder Bedingung dahin gehen, dass der Bundesrath die Zustimmung des Reichstages zum Entwurfe eingeholt wissen will. Das ist aber eben nur deshalb der Fall, weil, wie wir oben (S. 162) sehen konnten, dieser Beschluss in materiell-politischer Beziehung immer auch eine Gutheißung des Entwurfes selbst bedeuten wird.

[2] Ihm sich anschließend Fleischmann a. a. O., S. 10.

[3] A. a. O.

über den Gesetzesinhalt selbst, formal-rechtlich erst im zweiten Bundesrathsbeschlusse enthalten ist, hat für die Interpretation des Art. 5 Abs. 1 R. V. eine wichtige Consequenz. Die cit. Gesetzesstelle lautet: „Die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt durch den Bundesrath und den Reichstag. Die Übereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen ist zu einem Reichsgesetze erforderlich und ausreichend.“ Für Laband nun ist bei Bundesrathsvorlagen diese „Übereinstimmung“ bereits dann vorhanden, wenn die Bundesrathsvorlage vom Reichstage unverändert angenommen ist[1]. Da nun aber zufolge Art. 7 Z. 1 R. V. in einem solchen Falle noch ein weiterer Beschluss des Bundesrathes nöthig ist, kommt Laband zu folgendem Resultate: „Übereinstimmende Mehrheitsbeschlüsse der beiden Versammlungen sind zu einem Reichsgesetze zwar erforderlich, aber nicht ausreichend..... Die Anordnung des Art. 5 betrifft nur die Feststellung des Gesetzesinhaltes; hierzu ist die Übereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse der beiden Versammlungen erforderlich und ausreichend; der Effect dieser Übereinstimmung besteht aber zunächst nur in der definitiven Herstellung eines Gesetzentwurfes. Um ihn zum Gesetz zu erheben, muss noch die Ausstattung desselben mit verbindlicher Kraft, der Gesetzesbefehl oder die Sanction, sowie die Ausfertigung und Verkündigung hinzukommen“[2]. Nach der meines Erachtens einzig richtigen Auffassung dagegen, wonach erst der zweite Bundesrathsbeschluss die Erklärung über den Gesetzesinhalt enthält, ist die Übereinstimmung des Art. 5 Abs. 1 R. V. erst in dem Momente vorhanden, in welchem dieser zweite Bundesrathsbeschluss gefasst ist. Die Übereinstimmung der

[1] Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 496. Ähnlich schon v. Rönne a. a. O., S. 48 f.

[2] Laband a. a. O. Ihm schließen sich an: H. Schulze a. a. O., II. S. 117 f.; Hensel a. a. O., S. 24; Zorn, Staatsrecht, I. S. 410 f.; Arndt a. a. O., S. 177, 180; Eiswaldt a. a. O., S. 14 f., 30 f. Vgl. auch Zorn in v. Holtzendorff's Rechtslexikon, 3. Aufl., I. S. 437, und v. Seydel, Commentar, S. 116 f. — Art. 62 Abs. 2 preuß. V. U., dem Art. 5 Abs. 1 R. V. nachgebildet ist, wird in der Laband'schen Art interpretiert von Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 498 f.; Fleischmann a. a. O., S. 25, 54 ff.

Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen ist also zu einem Reichsgesetze sowohl erforderlich, als auch ausreichend[1]. Die Behauptung Laband's, dass Art. 5 Abs. 1 R. V. nur die Feststellung des Gesetzesinhaltes im Auge haben könne, weil er sonst mit Art. 7 Z. 1 R. V. in Widerspruch stehen würde, ist mithin unzutreffend.

Laband glaubt aber seinen Standpunkt, dass Art. 5 Abs. 1 nur die Feststellung des Gesetzesinhaltes betreffe, auch damit begründen zu können, dass er darauf aufmerksam macht, der Art. 5 Abs. 1 würde, anders aufgefasst, auch den Art. 2 und 17 R. V. widersprechen[2]. Art. 2 bestimmt, dass die Reichsgesetze „ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Reichswegen erhalten", und Art. 17 ergänzt diese Bestimmung durch den Satz: „Dem Kaiser steht die Ausfertigung und Verkündigung der Reichsgesetze .... zu." Weil nun laut dieser Bestimmungen zum Zustandekommen eines Reichsgesetzes außer der Thätigkeit von Reichstag und Bundesrath noch die Ausfertigung und Verkündigung durch den Kaiser erforderlich ist, glaubt Laband, in dem Wortlaute des Art. 5 Abs. 1 eine Sinnwidrigkeit zu erblicken. Ich kann mich dem nicht anschließen. Art. 5 Abs. 1 zählt eben jene Factoren auf, auf deren freie Entscheidung es beim Zustandekommen eines Reichsgesetzes ankommt. Zu diesen Factoren aber gehört der Kaiser nicht. Er ist, wenn Reichstag und Bundesrath gesprochen haben, rechtlich verpflichtet, die Ausfertigung und Verkündigung vorzunehmen. Daher ist bereits dann, wenn die Übereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse von Reichstag und Bundesrath vorliegt, das Zustandekommen des Gesetzes eine rechtliche Nothwendigkeit geworden und somit zum Zustandekommen eines Reichsgesetzes thatsächlich die Übereinstimmung von Reichstag und Bundesrath „ausreichend"[3].

Das, was nach unseren bisherigen Ausführungen von den Bundesrathsvorlagen im Deutschen Reiche gilt, findet seine analoge

---

[1] Siehe auch G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 56.

[2] Laband a. a. O., I. S. 496: „Der Wortlaut des Art. 5 .... widerspricht nicht nur der Natur der Sache, sondern auch den Anordnungen der Art. 2 und 17 der Reichsverfassung." Ähnlich auch Hensel a. a. O., S. 24; Eiswaldt a. a. O., S. 15.

[3] Übereinstimmend: Zorn in Hirth's Annalen 1885, S. 305[1]; G. Meyer a. a. O., S. 53 f.; Frormann a. a. O., S. 34.

Anwendung auch auf die Regierungsvorlagen in der deutsch-constitutionellen Monarchie. Auch in Österreich und den constitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches nämlich besteht ein Turnus zwischen den rechtlich relevanten Willenserklärungen von Parlament und Monarch über den Gesetzesinhalt: Zuerst der Annahmebeschluss des Parlamentes, dann die Sanction des Monarchen[1][2]. Die rechtlich relevante Willenserklärung des Monarchen über den Gesetzesinhalt liegt daher auch bei Regierungsvorlagen nicht in der Einbringung derselben im Parlamente, sondern erst in der Sanction[3]. Die Begründung ist dieselbe, wie bei den Bundesrathsvorlagen.

Die vorstehende Untersuchung über die Bundesrathsvorlagen im Deutschen Reiche, respective die Regierungsvorlagen in der deutsch-constitutionellen Monarchie, führt zu einem doppelten Ergebnis:

1. Sie zeigt, dass eine zeitliche Trennung der Erklärung über den Gesetzesinhalt von der Ertheilung des Gesetzesbefehles

[1] Siehe die treffenden Bemerkungen von Hänel, Studien, II. S. 151 f., und Frormann a. a. O., S. 88. A. M. ist v. Mohl, Württ. St.-R., I. S. 619 Z. 1 (vgl. auch v. Mohl in Bluntschli—Brater, Deutsches Staatswörterbuch, IV. 1859, S. 287). Daselbst wird die Behauptung aufgestellt, dass der Monarch, wenn eine Regierungsvorlage vom Parlamente unverändert acceptiert worden ist, von derselben nicht mehr zurücktreten könne. Durch diese in dem positiven Staatsrechte der deutsch-constitutionellen Monarchie in keiner Weise begründete Auffassung gibt v. Mohl zu erkennen, dass seiner Ansicht nach die rechtlich relevante Erklärung der Krone, dass sie den Gesetzesinhalt wolle, bereits in der Einbringung der Regierungsvorlage im Parlamente gelegen sei, und dass somit der erwähnte Turnus nicht existiere.

[2] Anders in Schweden. Vgl. Aschehoug, Das Staatsrecht der vereinigten Königreiche Schweden und Norwegen (in v. Marquardsen's Handb. d. öff. R., 1. Aufl.), S. 68; G. Meyer a. a. O., S. 39.

Übereinstimmend schon v. Held, Grundzüge d. allg. St.-R., S 427; ferner Hänel a. a. O., S. 151 f.; G. Meyer a. a. O., S. 54 f.; Kolbow im Arch. f. öff. R. V., S. 92; Lustkandl in Mischler—Ulbrich's Österr. Staatswörterbuch, I. S. 819; Frormann a. a. O., S. 64 f. Die Schriftsteller der entgegengesetzten Ansicht wurden bereits S. 161[1] aufgeführt.

auch bei Regierungs-, respective Bundesvorlagen nicht statthat, sondern dass der Monarch, respective Bundesrath, auch bei solchen Vorlagen ihre Erklärung über den Gesetzesinhalt formal-rechtlich erst in der sogenannten Sanction abgeben. Der Fall der erwähnten Vorlagen ist also nicht geeignet zu beweisen, dass „Rechtlich relevante Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes" und „Ertheilung des Gesetzesbefehles (respective Theilnahme daran)" verschiedene Handlungen sind.

2. Ebensowenig kommt in der Thatsache, dass bei Regierungs-, respective Bundesrathsvorlagen Monarch, respective Bundesrath, über den Gesetzentwurf zweimal schlüssig zu werden haben, für die Thätigkeit des Monarchen, respective Bundesrathes, in der Gesetzgebung ein Plus zum Ausdruck, welches zeigen würde, dass die Gesetzgebung, die Ertheilung des Gesetzesbefehles, ausschließlich Sache des Monarchen, respective Bundesrathes, sei[1]. Vielmehr ist diese zweimalige Function von Monarch, respective Bundesrath,

---

[1] Dass der Monarch, respective der Bundesrath, nicht, wie das Parlament, stets nur einmal, sondern unter Umständen, nämlich bei den von ihnen selbst ausgehenden Vorlagen, zweimal über den Entwurf schlüssig zu werden haben, wird im Sinne einer rechtlichen Überlegenheit von Monarch, respective Bundesrath, im Gesetzgebungsverfahren förmlich ausgeschrotet von: H. Schulze a. a. O., II. S. 118; Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 498; Bornhak, Allg. Staatslehre, S. 176; Fleischmann a. a. O., S. 31, 54 f., 59 f. Dagegen mit Recht Hänel a. a. O., S. 151. Wie viel Wahres übrigens hinter jener ganzen Argumentation eigentlich steckt, zeigt sich mit dankenswerter Deutlichkeit bei einem ihrer eifrigsten Vertreter, nämlich bei Fleischmann a. a. O. Obwohl dieser Schriftsteller dem Beweise des Satzes, dass der Annahmebeschluss des Parlamentes und die sogenannte Sanction des Monarchen „begrifflich verschiedene Handlungen" seien, ganze Seiten widmet, steht er, wenn man genauer zusieht, dennoch auf dem Standpunkte, dass die erwähnten beiden Acte Willenserklärungen von vollständig gleichem Inhalte sind: S. 10 bezeichnet er den Inhalt des parlamentarischen Annahmebeschlusses als die „Zustimmung, dass der Entwurf Gesetz werde", S. 59 definiert er die Sanction als die „Erklärung, dass der gewollte Gesetzesinhalt auch Gesetz werden solle". Wo da die „begriffliche Verschiedenheit" liegen soll, dieses Räthsel zu lösen unterlässt Fleischmann.

nur eine Folge des zwiſchen Parlament und Monarch, Reichstag und Bundesrath, herrſchenden Turnus in der Abgabe der Erklärungen des Wollens des Geſetzesinhaltes[1].

§ 42. Die Vereinbarung über den Geſetzesinhalt geſchieht zwiſchen Parlament und Regierung.

Während Laband, wie wir ſoeben ſehen konnten, hinſichtlich der Bundesrathsvorlagen von der Anſicht ausgeht, daſs die Erklärung des Bundesrathes über den Geſetzesinhalt bereits in dem erſten Bundesrathsbeſchluſſe enthalten ſei, hegt er bezüglich der Regierungsvorlagen in der Monarchie die analoge Auffaſſung nicht[2]. Andererſeits aber bekennt er ſich nicht etwa zu dem, wie gezeigt, meines Erachtens einzig richtigen Standpunkte, daſs die Erklärung des Monarchen über den Geſetzesinhalt formal-rechtlich erſt im ſogenannten Sanctionsacte abgegeben werde. Vielmehr nimmt Laband auch in der Monarchie eine Trennung der Erklärung des Monarchen über den Geſetzesinhalt von der angeblich dem Monarchen allein zukommenden, im Sanctionsacte gelegenen Ertheilung des Geſetzesbefehles vor, und zwar nicht nur bezüglich der Regierungsvorlagen, ſondern bezüglich aller Geſetzentwürfe ſchlechthin. Für Laband liegt nämlich die rechtliche Stellungnahme des Monarchen zum Geſetzesinhalte nicht erſt im Sanctionsacte, ſondern bereits in einem früheren Stadium des Geſetzgebungsverfahrens, nämlich in der parlamentariſchen Behandlung des Geſetzentwurfes, und zwar in der Weiſe, daſs die „Regierung“ in den Parlamentsſitzungen mit der „Volksvertretung“ den Geſetzesinhalt „vereinbart“. Dies und nur dies iſt der Sinn der Laband'ſchen Ausführungen: „Der Monarch als der alleinige Träger der unge-

---

[1] Daſs ein ſolcher Turnus auch in Preußen rechtens iſt, obwohl die V. U. ſich über dieſen Punkt ausſchweigt, iſt der richtige Kern in den Ausführungen Fleiſchmann's a. a. O., S. 55 ff.

[2] Dies ergibt ſich aus einer Bemerkung, die er, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 509[1], gegen G. Meyer macht.

theilten und untheilbaren Staatsgewalt ist allein imstande, ein Staatsgesetz zu erlassen, d. h. den staatlichen Befehl seiner Befolgung zu ertheilen. Den Inhalt des Gesetzes aber zu bestimmen, steht ihm nicht ausschließlich zu; die Volksvertretung hat vielmehr mit der Regierung den Inhalt zu vereinbaren. Der Wortlaut der anzuordnenden Rechtsregeln ist bereits vor dem Erlass des Gesetzes auf dem im Verfassungsrecht vorgezeichneten Wege fixiert; der Souverän kann an demselben nichts ändern, er hat nur darüber die Freiheit der Willensentschließung, ob er den Befehl ertheilen will, dass dieser Wortlaut Gesetz werde" [1].

Dieser Standpunkt Laband's ist juristisch unhaltbar. Die Erklärungen der Regierung im Parlamente entbehren, so wichtig sie vom politischen Standpunkte aus auch sein mögen, jeder staatsrechtlichen Relevanz [2]. In politischem Sinne werden die Parlamentsdebatten über den Gesetzentwurf natürlich in der Regel eine Vereinbarung zwischen Regierung und Volksvertretung bilden, in juristischem Sinne dagegen stellen sie eine solche nicht dar. Denn die Krone gibt formal-rechtlich ihre Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes erst im sogenannten Sanctionsacte ab; letzteres glaube ich im vorigen Paragraphen erwiesen zu haben. Die Vereinbarung zwischen Parlament und Monarch über den Gesetzesinhalt

---

[1] Laband, Staatsrecht, 1. Aufl., II. S. 6; 2. Aufl., I. S. 515 f.; 3. Aufl., I. S. 491 f. Die Ansicht, dass in den Parlamentsdebatten der Wortlaut des Gesetzentwurfes zwischen Regierung und Volksvertretung „vereinbart" werde, findet sich noch bei v. Rönne, Preuß. St.-R., I. S. 391; Gareis, Allg. Staatsrecht, S. 175; Geffcken, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 74. Auch Fricker, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 32, verlegt die Stellungnahme des Monarchen zum Gesetzesinhalte in die Parlamentssitzungen, nur dass er als Gegner des Vereinbarungsstandpunktes (siehe oben S. 121[1]) die Thätigkeit des Monarchen nicht „Vereinbarung des Gesetzesinhaltes mit der Volksvertretung", sondern „Schaffung des Gesetzesinhaltes in Verhandlungen mit den vetoberechtigten Ständen" nennt.

[2] Vgl. darüber auch die richtigen Bemerkungen von Dyroff in Hirth's Annalen 1889, S. 843.

wird also nicht durch das Medium der „Regierung“ gelegentlich der parlamentarischen Behandlung des Gesetzentwurfes geschlossen, sondern besteht darin, dass das Parlament in seinem Annahmebeschlusse, der Monarch im Sanctionsacte das Wollen des Gesetzesinhaltes erklären[1].

So wäre denn auch dieser Versuch zurückgewiesen, Erklärung über den Gesetzesinhalt und Ertheilung des Gesetzesbefehles zeitlich von einander zu trennen und damit zu documentieren, dass sie zwei von einander wohl zu unterscheidende Handlungen seien.

§ 43. Der Monarch hat außer der Sanctionsfreiheit auch noch die Publicationsfreiheit.

In ähnlicher Weise, wie man darin eine Präponderanz des Monarchen in der Gesetzgebung zu erblicken glaubt, dass er bei Regierungsvorlagen über den Gesetzentwurf zweimal frei zu entscheiden habe, findet sich in der Litteratur auch die Meinung vertreten, das Übergewicht des Monarchen gegenüber dem Parlamente in der Gesetzgebung zeige sich darin, daß der Monarch, auch nachdem er in der Sanction seinen Willen bezüglich des Gesetzentwurfes erklärt hat, noch immer vollkommen frei darüber zu verfügen hat, ob die Publication des Gesetzes vorgenommen werden solle oder nicht. Zur Sanctionsfreiheit geselle sich auf diese Weise für den Monarchen auch noch die Publicationsfreiheit: Er vermag bis zum Momente der vollzogenen Publication noch immer Contreordre zu geben, während das Parlament, wenn es sich einmal für den Gesetzentwurf erklärt hat, nicht mehr zurück kann.

---

[1] Diesen Fall der Vereinbarung kennt Fricker in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 50 B., S. 396 f., nicht; vielmehr hält er eine Vereinbarung zwischen Parlament und Monarch über den Gesetzesinhalt nur so möglich, dass dieselbe gelegentlich der parlamentarischen Behandlung des Gesetzentwurfes abgeschlossen wird. Dieser Irrthum veranlasst ihn a. a. O., S. 396, 399, zu einer ungerechtfertigten Kritik des Vereinbarungsstandpunktes schlechthin.

Diese Ungebundenheit des Monarchen, selbst nachdem er in der Sanction seine Willenserklärung über den Gesetzentwurf abgegeben habe, lasse die Behauptung vollauf begründet erscheinen, dass dem Monarchen allein die Disposition über den Gesetzesbefehl zukomme und die Erklärungen von Parlament und Monarch gänzlich verschiedenen juristischen Gehalt besitzen [1].

Wenn wir dieses Argument auf seine Stichhältigkeit prüfen wollen, müssen wir uns über das Wesen der rechtlichen Willensäußerung im klaren sein. Damit betreten wir nicht etwa den Boden des Privatrechtes, sondern den der allgemeinen Rechtslehre, d. i. eines Gebietes, welches dem Privat- und öffentlichen Rechte gemeinsam ist [2]. Ich betone dies deshalb, um von vorne herein dem so beliebten Vorwurfe privatrechtlicher Analogien zu begegnen. Die Zeit ist hoffentlich für immer vorbei, in welcher das Gebiet der allgemeinen Rechtslehre als Domäne des Privatrechtes von den einen in Anspruch genommen, von den andern respectiert wurde.

1. Das Wesen der rechtlichen Willensäußerung.

Die rechtliche Willensäußerung muss wohl unterschieden werden von der psychologischen Willensäußerung. Erstere, von der Rechtsordnung dazu bestimmt, rechtliche Effecte nach sich zu ziehen [3], heißt die Emanation des juristischen, letztere die Emanation des physischen Willenscentrums [4]. Psychologische Willensäußerung ist jede menschliche Handlung. Der Begriff „Äußerung" verlangt hier lediglich,

---

[1] Dieser Ansicht ist Fricker a. a. O., S. 399: „Die Freiheit der Publication ist nur möglich, wo der Monarch der alleinige Gesetzgeber ist."

[2] Vgl. auch Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 48.

[3] Sie dient also der Rechtsordnung als Mittel zum Zweck und unterscheidet sich dadurch von jenen Willensäußerungen, welche, ohne „rechtliche" Willensäußerungen zu sein, dennoch rechtliche Effecte nach sich ziehen, z. B. die Handlungen, welche Schadenersatzpflicht, Strafe u. a. nach sich ziehen.

[4] Vgl. hierzu S. 13 ff.

dass der Wille in die Außenwelt *schlechthin* trete. Anders bei der rechtlichen Willensäußerung. Selbe ist ein Gebilde der Rechtsordnung. Diese letztere ist daher in der Lage, specielle Voraussetzungen zu normieren, welche zutreffen müssen, damit eine rechtliche Willensäußerung zustande komme; und unter diesen Voraussetzungen spielt die Beschaffenheit der Außenwelt, in welche der juristische Wille treten muss, eine große Rolle. Während es bei der *psychologischen* Willensäußerung, wie schon erwähnt, genügt, dass der Wille in die Außenwelt *schlechthin* trete, verlangt die Rechtsordnung für *rechtliche* Willensäußerungen eine *qualificierte* Außenwelt. In der Regel besteht dieselbe in einer bestimmten Person oder in einem bestimmten Kreis von Personen, so z. B. bei der rechtlichen Willensäußerung der Offertenstellung in der Person des Oblaten, bei der rechtlichen Willensäußerung der Auslobung in der „Öffentlichkeit".

Es muss nun — und gerade das wird, wie wir seinerzeit (S. 190 Anm. 2) wahrnehmen werden, in der Lehre von der Gesetzgebung vielfach übersehen — darauf aufmerksam gemacht werden, dass von der Existenz einer concreten rechtlichen Willensäußerung immer nur erst in dem Momente gesprochen werden kann, wenn der Wille in die betreffende qualificierte Außenwelt auch wirklich getreten ist. Der Grund dieser Thatsache liegt in dem Charakter des Begriffes „*Willensäußerung*". Derselbe bezeichnet einen bereits eingetretenen *Erfolg*, *den* nämlich, dass der Wille in die betreffende *Außenwelt* getreten ist; und nach diesem Erfolge erhält eben die ganze Handlung ihren Namen.

In dieser Beziehung gilt von der rechtlichen Willensäußerung das Gleiche, wie von der Handlung überhaupt. Jede Handlung, mag sie heißen wie immer, bezeichnet einen zur Thatsache gewordenen Erfolg. Nun entspricht aber einer und derselben Handlungssubstanz in der Regel eine ganze Reihe von successiven Erfolgen: Ein Anfangserfolg, der stets in einer Körperbewegung besteht, ein Enderfolg, und dazwischen eine mehr oder weniger lange Kette von Zwischenerfolgen. Aus dieser Thatsache ergibt sich, dass man ein und dieselbe Handlungssubstanz mit den verschie-

denſten Namen belegen kann, je nachdem man dabei den eingetretenen Enderfolg oder aber bloß einen der Zwiſchenerfolge oder gar nur den Anfangserfolg im Auge hat. Ein Beiſpiel! A mordet B durch einen Piſtolenſchuſs. Der Anfangserfolg beſteht in der Krümmung des am Piſtolenzünglein liegenden Zeigefingers, der beabſichtigte Enderfolg in der Vernichtung des Menſchenlebens. Als Zwiſchenerfolge können u. a. bezeichnet werden: Die Bewegung des Züngleins, die darauf folgende Bewegung des Piſtolenhahnes, die Entzündung der Ladung. Habe ich bloß den Anfangserfolg im Auge, und abſtrahiere ich von dem beabſichtigten End-, ſowie von den Zwiſchenerfolgen, ſo nenne ich die Handlungsſubſtanz: „Krümmen des Zeigefingers“; denke ich an den beabſichtigten Enderfolg, ſo bezeichne ich dieſelbe Handlungsſubſtanz mit dem Namen „Mord“; will ich auf den Zwiſchenerfolg „Entzündung der Ladung“ hinweiſen, ſo nenne ich ebendieſelbe Handlungsſubſtanz „Abſchießen der Piſtole“. Stets aber muſs, mag die Handlungsſubſtanz ſo oder ſo benamſet werden, der betreffende Erfolg, nach welchem ſie ihren Namen erhält, bereits eingetreten ſein, mit anderen Worten: Der Erfolg iſt ein Eſſentiale des Handlungsbegriffes[1].

---

[1] Die Litteratur des Strafrechtes weist in dieſer Frage ſcheinbar zwei Lager auf: Die im Texte vertretene Auffaſſung theilen u. a. Berner, Lehrbuch des deutſchen Strafrechtes, 17. Aufl. 1895, S. 113, und v. Liſzt, Lehrbuch des deutſchen Strafrechtes, 10. Aufl. 1900, S. 102 f. „Der Erfolg,“ ſagt letzterer, „bildet . . einen integrierenden Beſtandtheil des Handlungsbegriffes.“ Entgegengeſetzter Anſicht iſt, abgeſehen von Binding, namentlich Janka, Das öſterreichiſche Strafrecht, 3. Aufl. 1894, S. 57 f. Seine Ausführungen lauten in ihren Hauptpunkten: „Handlung iſt gewollte Körperbewegung . . . . Der Erfolg darf . . . . in die Handlung nicht aufgenommen werden . . . . . Der Erfolg iſt Wirkung der Handlung und liegt als ſolche außerhalb derſelben. Nur die urſachlichen Elemente, die Keime des eingetretenen Erfolges, ... ſchließt die Handlung in ſich. Unrichtig iſt es daher auch, die Handlung als Vermittlung des Wollens zur Wirklichkeit, ſofern hierbei an die Richtung des Wollens auf den Erfolg gedacht wird; zu definieren . . . ., da auch dann gehandelt wurde, wenn der gewollte Erfolg nicht eingetreten iſt (Verſuch). In der Handlung

Die rechtliche Willensäußerung nun ist lediglich ein Specialfall der Handlung; auf sie findet daher das über letztere Gesagte vollinhaltlich Anwendung. Der Erfolg, auf welchen der Name „Rechtliche Willensäußerung“ hindeutet, besteht darin, dass der Wille in die von der Rechtsordnung normierte qualificierte Außenwelt dringt. Ehe dieser Erfolg eingetreten ist, kann von der Existenz der betreffenden rechtlichen Willensäußerung nicht die Rede sein. Wenn auch der Offerent die Offerte zu Papier gebracht und das Schriftstück sodann dem Boten zur Übergabe an den Oblaten eingehändigt hat, so ist die rechtliche Willensäußerung der Offertenstellung dennoch erst dann vorhanden, wenn der Bote seinen Auftrag auch wirklich ausgerichtet hat. Thut er dies nicht, sei es, dass der Offerent ihm Contreordre gibt, sei es, dass die Übergabe an den Oblaten aus sonstigen Gründen unterbleibt, so kommt die rechtliche Willensäußerung der Offertenstellung einfach nicht zustande. Es ist unrichtig, in diesem Falle zu sagen: Die rechtliche Willensäußerung der Offertenstellung sei zwar bereits vorhanden gewesen, aber die Offerte sei infolge des Widerrufes durch den Oblaten, respective aus einem anderen Grunde, nicht

---

vermittelt sich nothwendig nur Eines, die gewollte Körperbewegung.“ Damit ist der Gegensatz zwischen beiden Richtungen gekennzeichnet. Aber derselbe ist, wie schon angedeutet, nur ein *scheinbarer*. In Wirklichkeit steht auch *Janka* auf dem v. Liszt'schen Standpunkte. Denn wenn *Janka* vom „Erfolge“ spricht, so hat er nur den beabsichtigten *Enderfolg* im Sinne und will sagen: Damit eine Handlung vorliege, brauche der *Enderfolg* keineswegs eingetreten zu sein. Letzteres zu behaupten, ist aber bei v. Liszt gewiss niemals Absicht gewesen. Es ist ja selbstverständlich, dass auch dann eine Handlung vorliegt, wenn der Enderfolg noch nicht eingetreten ist oder überhaupt ausbleibt. Soll aber die Handlungssubstanz nach dem Enderfolge benamset werden, so muss — das eben will v. Liszt sagen — der Enderfolg auch thatsächlich eingetreten sein. Und *diese* Wahrheit wird wieder *Janka* unmöglich bestreiten können. Zur Handlung „Morden“ wird die Handlungssubstanz doch jedenfalls erst dann, wenn das Opfer wirklich den Tod gefunden hat. — So löst sich also die auf den ersten Blick so schroffe und scheinbar principielle Gegnerschaft bei näherer Betrachtung in vollste Harmonie auf.

an ihre Adresse gelangt und daher ohne Rechtswirksamkeit geblieben. Die Offerte ist nicht anfänglich widerruflich, um erst dann unwiderruflich zu werden, wenn sie an ihre Adresse gelangt ist[1], sondern sie ist von allem Anfange ihres Bestehens an unwiderruflich, weil dieses ihr Bestehen überhaupt erst in dem Momente beginnt, in welchem der Wille des Offerenten in die qualificierte Außenwelt „Oblat" gelangt. Eines aber muss dabei beachtet werden: Die Substanz der Handlung des Offerenten ist schon lange vorhanden, bevor sie durch das „In die Außenwelt gelangen" zur rechtlichen Willensäußerung der Offertenstellung wird. Es wäre ein Irrthum zu glauben, dass die Handlung des Offerenten erst in dem Momente beendet, vollendet werde, in welchem der Bote die Übergabe an den Oblaten bewerkstelligt, mit anderen Worten, in welchem der Wille in die qualificierte Außenwelt gelangt. Vielmehr ist dieselbe substantiell bereits in jenem Zeitpunkte abgeschlossen, in welchem der Offerent das Schriftstück dem Boten zur Übergabe an den Oblaten einhändigt. Von da an thut der Offerent gar nichts mehr. Alles, was er zu thun hatte, damit der gewünschte Erfolg eintrete, ist gethan. Wenn der Bote seinen Auftrag ausrichtet, so kommt zur Handlung des Offerenten nicht etwa ein neuer Bestandtheil hinzu. Substantiell also ist und bleibt die Handlung des Offerenten dieselbe, mag der Bote die Übergabe an den Oblaten bewerkstelligen oder nicht[2]. Aber ob diese substantiell längst vorhandene Handlung die rechtliche Willensäußerung der Offertenstellung ist, das entscheidet sich erst ex post, nämlich in dem Momente, in welchem der Wille des Offerenten wirklich in die qualificierte Außenwelt tritt, mit anderen Worten in dem

---

[1] Auf diesem Standpunkte steht z. B. Regelsberger, Pandekten, I. S. 548 f. Analoges behauptet Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 6. Aufl., II. S. 177 ff., 8. Aufl., II. S. 224 ff., bezüglich der Annahmeerklärung des Oblaten. — Von der analogen Auffassung gehen auch die Ausführungen Dyroff's in Hirth's Annalen 1889, S. 867 ff., aus.

[2] Das offenbar haben Regelsberger a. a. O. und Windscheid a. a. O. im Auge. Deutlich zeigt sich dies namentlich bei letzterem a. a. O., 6. Aufl., II. S. 179[6], 8. Aufl., II. S. 226[6].

Momente der Übergabe des Schriftstückes an den Oblaten. Und die Änderung, welche auf diese Weise der Handlungssubstanz zutheil wird, ist eine qualitative, keine quantitative[1]. Aus all dem Gesagten ergibt sich, dass bei der rechtlichen Willensäußerung zwei Zeitmomente unterschieden werden müssen:

1. Der Zeitpunkt, in welchem die Substanz der Handlung geschaffen wird,

2. der Zeitpunkt, in welchem diese substantiell bereits vorhandene Handlung ex post die Qualität einer rechtlichen Willensäußerung erhält.

Bis nun sind für den Begriff der rechtlichen Willensäußerung zwei wesentliche Kennzeichen festgestellt:

1. Von einer rechtlichen Willensäußerung kann erst in dem Momente gesprochen werden, in welchem der betreffende Wille auch wirklich in die qualificierte Außenwelt tritt.

2. Die Handlung, welche in diesem Momente zur rechtlichen Willensäußerung wird, erfährt dadurch keine substantielle, sondern nur eine qualitative Änderung.

Um aber das Wesen der rechtlichen Willensäußerung in einer für unseren Zweck erforderlichen Weise zu charakterisieren, bedarf es noch der Beantwortung einer weiteren Frage, die wir ebenfalls am besten an der Hand des Beispieles der schriftlichen Offerte studieren können: Wir wissen bis jetzt nur, dass die Handlung des Offerenten, welche durch die Übergabe des Schriftstückes an den Oblaten zur rechtlichen Willensäußerung der Offertenstellung wird, substantiell bereits im Momente der Einhändigung des Schriftstückes an den Boten behufs Übergabe an den Oblaten gesetzt ist. Nun hat aber der Offerent bis zu diesem Momente der Einhändigung an den Boten successiv **mehrere** Handlungen vollbracht, die alle zu dem herbeizuführenden rechtlichen Effecte

[1] Die Sachlage ist hier dieselbe, wie bei den Erfolgsdelicten in der Lehre vom Strafrechte. Die strafbare Handlung des Mordes z. B. kann substantiell schon längst gesetzt sein, während sie die Qualification zum Mord erst ex post erhält, wenn der von der Rechtsordnung als constitutives Delictsmerkmal gesetzte Erfolg auch wirklich eingetreten ist.

in Beziehung stehen. Zwei davon stechen besonders hervor: Die Unterzeichnung des die Offerte enthaltenden Schriftstückes und die Übergabe des unterfertigten Schriftstückes an den Boten mit der gleichzeitigen Ertheilung des Auftrages an denselben, das Schriftstück dem Oblaten zu übermitteln. Welche von diesen beiden Handlungen nun ist es, die durch den Eintritt des Erfolges ex post zur Rechtshandlung der Offertenstellung wird? Diesbezüglich sind drei Möglichkeiten gegeben: Entweder ist es die Unterzeichnung des Schriftstückes, oder die Unterzeichnung des Schriftstückes + Einhändigung an den Boten, oder endlich die Einhändigung an den Boten allein.

a) Die bloße Unterfertigung des Schriftstückes kann unmöglich jene Handlung sein, welche die rechtliche Willensäußerung der Offertenstellung darstellt. Dies mag aus folgendem Beispiele hervorgehen: Der Offerent hat das Schriftstück unterzeichnet, und zwar in der vollen Absicht, es in nächster Zeit dem Boten zur Übergabe an den Oblaten einzuhändigen; bevor aber der Offerent noch dazu kommt, diese seine Absicht zu verwirklichen, gelangt das Schriftstück durch irgend einen Zufall, ohne Zuthun des Offerenten, in die Hand des Oblaten. In diesem Falle hat eine Offertenstellung nicht stattgefunden.

b) Ebensowenig stellen die Unterzeichnung des Schriftstückes und die Einhändigung an den Boten, beides zusammengenommen, die rechtliche Willensäußerung der Offertenstellung dar. Auch hier zum Beweise ein Beispiel! Der Offerent unterzeichnet das Schriftstück in der Meinung, es handle sich um irgend einen Privatbrief und nicht um eine Offerte. Es fehlt ihm also im Momente der Unterzeichnung des Schriftstückes jeder Wille zur Offertenstellung. Nachträglich erkennt er seinen Irrthum, händigt aber das Schriftstück dem Boten zur Übergabe an den Oblaten dennoch ein, weil er wenigstens jetzt den diesbezüglichen Willen hat. Dieser Thatbestand hindert das Zustandekommen der rechtlichen Willensäußerung der Offertenstellung nicht. Nur bei dem Acte der Übergabe des unterzeichneten Schriftstückes an den Boten also muss der Offerent den Geschäftswillen besitzen.

c) Daraus ergibt sich, dass nur diese zeitlich letzte Handlung des Offerenten die rechtliche Willensäußerung der Offertenstellung darstellt. Die Unterzeichnung des Schriftstückes ist nur eine Vorbereitungshandlung hierzu.

Auf die rechtliche Willensäußerung im allgemeinen angewendet, heißt dies: Immer nur die zeitlich letzte Handlung des Subjectes der Willensäußerung ist es, welche im Momente des Eintrittes des Erfolges, ex post, zur betreffenden rechtlichen Willensäußerung wird. Und der Inhalt dieser zeitlich letzten Handlung muss stets in der Veranstaltung jener Maßnahmen bestehen, welche nach der Voraussicht des Subjectes der Willensäußerung dazu führen müssen, dass sein Wille auch wirklich in die betreffende Außenwelt gelangt[1]. Man drückt dies auch so aus, dass man sagt: Die Willensäußerung muss an die betreffende qualificierte Außenwelt adressiert sein. Was der Veranstaltung dieser Maßnahmen vorausgeht, sind nur Vorbereitungshandlungen.

Anhangsweise mag zu diesen Erörterungen über den Begriff der rechtlichen Willensäußerung noch Folgendes bemerkt werden:

Dort, wo es dem Subjecte der Willensäußerung anheimgestellt ist, ob es dieselbe abgeben und dadurch den betreffenden rechtlichen Effect herbeiführen will, dauert diese seine Freiheit der Entscheidung so lange, bis eben die betreffende rechtliche Willensäußerung auch wirklich vorliegt. Solange also sein Wille in die von der Rechtsordnung normierte qualificierte Außenwelt noch nicht getreten ist, seine Handlung mithin noch nicht zur rechtlichen Willensäußerung geworden ist, kann das Subject der Willensäußerung jederzeit Contreordre geben.

---

[1] Dies gilt auch von jenen Fällen, in welchen irgend ein Factor von vorne herein rechtlich dazu berufen ist, die betreffende Willensäußerung als Bote an die qualificierte Außenwelt zu vermitteln. Hier besteht die Veranstaltung jener Maßnahmen darin, dass der den Willen Äußernde seine Entschließung dem zur Weiterbeförderung berufenen Factor kundgibt. Ein Beispiel dieses Falles s. unten S. 187[3].

Dem gegenüber nun ſcheint es, namentlich im öffentlichen Rechte, Fälle zu geben, in denen das Subject der betreffenden Willensäußerung zwar die Freiheit der Entſcheidung beſitzt, dennoch aber nicht erſt in dem Momente, da ſein Wille in die qualificierte Außenwelt tritt, ſondern bereits früher, gebunden iſt. Solcher Art ſind namentlich die eben früher (S. 182 Anm. 1) angedeuteten Fälle, in denen irgend ein Factor von der Rechtsordnung dazu auserſehen iſt, die Willensäußerung als Bote in die qualificierte Außenwelt zu tragen; gewöhnlich iſt da das Subject der Willensäußerung von dem Momente an gebunden, in welchem es ſeinen Willen dieſem Factor mitgetheilt hat. Aber auch andere Fälle kommen hier in Betracht. So z. B. iſt in Bayern der Monarch nicht erſt dann gebunden, wenn ſein Wille im Wege der Publication in die Außenwelt „Öffentlichkeit" getreten iſt, ſondern bereits früher, ſobald er nämlich dem Parlamente die Mittheilung gemacht hat, daſs er das Geſetz wolle[1].

Allein auch in all dieſen Fällen findet es ſich beſtätigt, daſs das Subject der Willensäußerung ſo lange freie Hand hat, bis ſeine Willensäußerung exiſtent iſt. Wo z. B. der Monarch in ſeiner Entſcheidung über das Geſetz bereits dann gebunden iſt, wenn ſein Wille zur Kenntnis des Parlamentes gelangt iſt, dort iſt eben auch ſchon in dieſem Momente die rechtliche Willensäußerung des Monarchen über das Geſetz exiſtent. Daran ändert auch der Umſtand nichts, daſs der mit dieſer rechtlichen Willensäußerung verbundene rechtliche Effect vorläufig nur darin beſteht, daſs der Monarch nunmehr zur Vornahme der Publication rechtlich verpflichtet iſt. Hier liegt einfach der intereſſante Fall vor, daſs einer und derſelben Willenserklärung eine doppelt qualificierte Außenwelt entſpricht. Der Wille des Monarchen gelangt hier ſucceſſive in zwei qualificierte Außenwelten: In die Außenwelt „Parlament" und in die Außenwelt „Öffentlichkeit". Die vollen Rechtswirkungen allerdings treten erſt dann ein, wenn der Wille des Monarchen in die Außenwelt „Öffentlichkeit" getreten iſt, aber

[1] Siehe unten S. 186 f.

vorhanden ist die Willenserklärung des Monarchen über den Gesetzentwurf bereits in dem Momente, da sein Wille in die Außenwelt „Parlament“ getreten ist. Und analog steht die Sache dort, wo das Subject der Willensäußerung bereits dann gebunden ist, wenn es seinen Willen dem zur Weiterbeförderung desselben an die betreffende Außenwelt berufenen Factor mitgetheilt hat. Während beim gewöhnlichen Boten, wie wir in dem Beispiele der Offertenstellung sehen konnten, die Handlung des den Willen Äußernden erst in dem Momente zur rechtlichen Willensäußerung wird, in welchem der Bote seinen Auftrag ausrichtet, ist in jenen Fällen, in denen das Subject der Willensäußerung bereits durch seine Mittheilung an den Boten gebunden ist, die rechtliche Willensäußerung bereits in diesem Momente der bindenden Mittheilung an den Boten existent. Die Ursache dieser Verschiedenheit liegt in der Thatsache, dass die Mittheilung an den Boten in dem einen Falle einen bindenden Charakter hat, in dem anderen Falle dagegen eines solchen entbehrt. Dadurch, dass die Rechtsordnung erklärt, dass das Subject der Willensäußerung die ihm über Sein und Nichtsein des betreffenden rechtlichen Effectes eingeräumte freie Entscheidung bereits dann bindend getroffen hat, wenn es seinen Willen dem Boten zur Weiterbeförderung mittheilt, gibt die Rechtsordnung zu erkennen, dass sie bereits im Momente dieser Mittheilung an den Boten den Willen über Sein und Nichtsein des betreffenden rechtlichen Effectes als rechtlich geäußert ansieht. Auch hier also liegen für eine und dieselbe rechtliche Willensäußerung zwei qualificierte Außenwelten vor, in die der Wille successive tritt: Die eine ist der Bote, die andere ist jene Außenwelt, an welche der Bote die ihm mitgetheilte Willensäußerung weiterzubefördern berufen ist.

Es bleibt also bei dem früher aufgestellten Satze: Dort, wo dem Subjecte der rechtlichen Willensäußerung die freie Entscheidung über Sein und Nichtsein des betreffenden rechtlichen Effectes eingeräumt ist, dauert seine Freiheit der Entscheidung so lange, bis seine rechtliche Willensäußerung auch wirklich vorliegt.

2. Anwendung auf das Verhältnis der Sanction zur Publication.

An der Hand dieser Erörterungen über das Wesen der rechtlichen Willensäußerung haben wir nunmehr die Frage zu prüfen, ob wirklich für den deutsch-constitutionellen Monarchen zu seiner Sanctionsfreiheit als ein Puls noch die Publicationsfreiheit hinzutritt, ob also in dieser Beziehung wirklich eine Ungleichartigkeit der Stellung von Parlament und Monarch in der Gesetzgebung vorhanden ist.

Die Sanction ist eine rechtliche Willensäußerung[1] des Monarchen, und zwar des Inhaltes, dass er den Gesetzentwurf als Gesetz wolle. Damit aber im concreten Falle von dieser Willensäußerung des Monarchen gesprochen werden kann, muss der Wille desselben in die von der Rechtsordnung statuierte Außenwelt gelangt sein.

Worin besteht nun letztere? Bei Beantwortung dieser Frage fällt der Umstand ins Gewicht, dass in fast allen deutsch-constitutionellen Monarchien der Monarch bis zum Momente des Publicationsvollzuges die volle Freiheit der Entscheidung über Sein und Nichtsein des Gesetzes hat. Diese Thatsache beweist, dass die

---

[1] Die Auffassung Jellinek's, Gesetz und Verordnung, S. 319, wonach die Sanction „ein innerer Vorgang in der Monarchenpersönlichkeit", „Wollen des Gesetzesinhaltes und Entschluss, denselben anzubefehlen" sei, widerspricht der allgemein gangbaren Terminologie, welche unter „Sanction" die rechtliche Willensäußerung des Monarchen versteht. Auch die Verfassungen, welche zum Zustandekommen eines Gesetzes u. a. die „Sanction" des Monarchen fordern, können dabei nur die Willensäußerung des Monarchen im Auge haben. (S. z. B. § 13 Abs. 2 österr. Ges. vom 21. Dec. 1867 Nr. 141 R. G. B. Andere Fälle dieser Art bei Brie im Arch. f. öff. R. IV., S. 20 Anm. 57.) Gegen den Standpunkt Jellinek's (auch von Dyroff in Hirth's Annalen 1889, S. 848, eingenommen) mit Recht G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 40[1]; Brie a. a. O., S. 19—22; Zorn in Hirth's Annalen 1889, S. 358; Fleischmann, Der Weg der Gesetzgebung in Preußen, S. 65 u. Anm. 145 dieser S.

Rechtsordnung erst in diesem Momente die Existenz einer rechtlichen Willensäußerung des Monarchen über den Gesetzentwurf anerkennt. Solange nicht der Wille des Monarchen im Wege der Publication in die Außenwelt „Öffentlichkeit" getreten ist, liegt seine rechtliche Willensäußerung über den Gesetzentwurf, „Sanction" genannt, nicht vor, vielmehr ist dieselbe erst im Momente des Publicationsvollzuges existent[1].

Eine Ausnahme bilden Bayern und Hessen. In Bayern ist gemäß Art. 40 Ges., den Geschäftsgang des Landtages betreffend, vom 19. Jänner 1872 Nr. 5 G. B., der König bereits dann rechtlich gebunden, wenn er dem Landtage die Mittheilung gemacht hat, dass er dem Gesetzentwurfe die Sanction ertheile[2]. In Hessen ist der

[1] Dies deuten in mehr oder weniger klarer Weise an: Schmitthenner, Grundlinien d. allg. oder idealen St.-R., S. 307, 526 Z. 4; v. Gerber, Grundzüge eines Systems, S. 151 („Erst wenn die ständische Berathung und Beschlussfassung beendet ist, hat er [sc. der Monarch] sich frei darüber zu entschließen, ob er den Entwurf .... durch seine Sanction zum Gesetze erheben will. Er thut dies, indem er ihn .... in ordnungsmäßiger Weise als Gesetz verkündigt."); H. Schulze, Preuß. St.-R., II. S. 22 (Die Sanction ist „ein rein innerer Vorgang, bis sie durch die Publication die nöthige Äußerlichkeit und damit den Rechtsboden betreten hat."), und in demselben Sinne H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 526; ferner Eisele im Arch. f. d. civil. Praxis 1886, S. 282 („Daraus ergibt sich, dass das vollständig redigierte, mundierte, vom Landesherrn unterschriebene Gesetz, solange es noch im Cabinet des Fürsten liegt, für das Recht ganz irrelevant ist."); v. Seydel, Staatsrecht, III. S. 554 („Erst mit der Verkündigung der Gesetze ist der gesetzgebende Herrscherwille geäußert"), vgl. auch v. Seydel in Hirth's Annalen 1900, S. 357; Hänel, Studien, II. S. 151 (welcher wenigstens für Preußen den Satz aufstellt, dass die Sanction „mit der Promulgation und Publication zu einem Acte verschmilzt, d. h. nur in dieser Form mit rechtlicher Relevanz hervortritt."); G. Meyer a. a. O., S. 53 (Die Zustimmung des Monarchen tritt „erst durch und mit Publication des Gesetzes in die Öffentlichkeit. Sanction und Publication fallen ununterscheidbar in einen Act zusammen"). Vgl. auch Fricker in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 50. Bd., S. 399; dagegen nimmt er S. 397 f. einen anderen Standpunkt ein (s. unten S. 190[2], 192[2]).

[2] Ähnliches galt auch in Schwarzburg-Sondershausen nach § 32 des seither aufgehobenen Gesetzes vom 2. August 1852: „Die Ver-

Großherzog gemäß Verf. Art. 101 und Geſ., die landſtändiſche Geſchäftsordnung betreffend, vom 17. Juni 1874, Art. 57, zur Publication rechtlich verpflichtet, wenn er im Landtagsabſchiede ſeinen Sanctionswillen gegenüber dem Landtage geäußert hat[1]. In beiden Staaten iſt der Wille des Monarchen ſchon dann rechtlich geäußert, wenn er in die Außenwelt „Landtag“ getreten iſt. Die rechtliche Willensäußerung „Sanction“ iſt alſo ſchon in dieſem Momente exiſtent[2]. Es iſt das einer jener bereits erwähnten Fälle, in denen die Rechtsordnung für eine rechtliche Willensäußerung eine zweifache Außenwelt ſtatuiert, ſo daſs die Willensäußerung ſchon dann vorhanden iſt, wenn der betreffende Wille in die erſte der beiden Außenwelten tritt, die vollen Rechtsfolgen aber erſt dann eintreten, wenn er auch in die zweite Außenwelt getreten iſt[3].

Ob der Monarch erſt im Momente des Publicationsvollzuges oder ſchon früher rechtlich gebunden iſt, mit anderen Worten, ob der rechtlichen Willensäußerung „Sanction“ lediglich die qualificierte Außenwelt „Öffentlichkeit“ oder neben dieſer auch noch eine andere entſpricht, iſt eine Frage des poſitiven Rechtes. Für Bayern und

---

kündigung muſs, inſofern nicht von dem Landtage eine längere Friſt bewilligt worden iſt, binnen vier Wochen nach angezeigter Zuſtimmung geſchehen.“

[1] Vgl. auch Coſack in Marquardſen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 55.

[2] Dem bayriſchen Könige ſteht es übrigens, ſolange der Landtagsabſchied noch nicht ertheilt iſt, gemäß Art. 40 des cit. bayr. Geſetzes frei, direct die Publication zu veranlaſſen, ohne vorher dem Landtage ſeinen Sanctionswillen mitzutheilen. Für ſolche Fälle gilt dann bezüglich des Verhältniſſes von Sanction zu Publication dasſelbe, wie in den übrigen deutſch-conſtitutionellen Monarchien. v. Seydel, Staatsrecht, III. S. 554, ſcheint überhaupt nur dieſen Fall im Auge zu haben.

[3] Ähnliches gilt auch von der deutſchen Reichsgeſetzgebung. Dort iſt der Bundesrath bereits gebunden, ehe noch ſein Wille im Wege der Publication in die Außenwelt „Öffentlichkeit“ gelangt iſt. Die Urſache liegt darin, daſs der Kaiſer, ſobald ihm der Beſchluſs des Bundesrathes vorliegt, die verfaſſungsmäßige, unentziehbare Pflicht hat, den Willen des Bundesrathes als Bote im Wege der Publication in die Außenwelt „Öffentlichkeit“ gelangen zu laſſen. Die rechtliche Willensäußerung des Bundesrathes, „Sanction“ genannt, iſt hier alſo nicht erſt im Momente des Publicationsvollzuges, ſondern bereits dann vorhanden, wenn der Bundesrath ſeinen Willen gegenüber dem Kaiſer geäußert hat.

Hessen wurde sie eben früher beantwortet; in den übrigen deutsch-constitutionellen Monarchien (namentlich auch in Österreich), wo Verfassungsbestimmungen von der Art, wie in den beiden vorhin genannten Staaten, fehlen, ist der Monarch erst dann gebunden, sein Sanctionswille also erst dann rechtlich geäußert, wenn die Publication vollzogen und der Wille des Monarchen auf diese Weise in die Außenwelt „Öffentlichkeit" getreten ist. Zu dieser Erkenntnis führt die Erwägung, dass kraft der Rechtscontinuität zwischen Constitutionalismus und Absolutismus in den deutsch-constitutionellen Monarchien die Unbeschränktheit des Monarchen stehen geblieben ist, soweit nicht Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht eingegriffen haben[1].

---

[1] Es ist daher verfehlt, wenn Jellinek, Bornhak und Kolbow annehmen, dass in allen Monarchien schlechthin, der Monarch nicht erst im Momente des Publicationsvollzuges, sondern bereits in einem früheren Stadium des Gesetzgebungsverfahrens rechtlich gebunden, der Sanctionswille des Monarchen also nicht erst dann, wenn er in die Außenwelt „Öffentlichkeit" tritt, sondern schon in einem früheren Zeitpunkte rechtlich geäußert sei. Jellinek a. a. O., S. 327 f., erachtet den Monarchen bereits im Momente der Ertheilung des Publicationsbefehles, Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 499 f., 500[9], und Kolbow im Arch. f. öff. R. V., S. 82, 92 f., gar schon im Momente der vollzogenen Unterzeichnung der Gesetzesurkunde für rechtlich gebunden. Gegen Jellinek: Brie a. a. O., S. 21 Anm. 60 u. S. 22; Dyroff a. a. O., S. 869; Fleischmann a. a. O., S. 62 Anm. 113, letzterer a. a. O., S. 62 ff., auch gegen Bornhak; wenn aber Fleischmann a. a. O., S. 86, den preußischen König für rechtlich gebunden erachtet, sobald derselbe „die Sanction officiell bekannt gegeben hat", so begeht auch er den Fehler, willkürlich, ohne sich auf eine diesbezügliche rechtliche Bestimmung stützen zu können, dem Monarchen eine vorzeitige Schranke der Sanctionsfreiheit zu setzen.

Die richtige Auffassung, dass der Monarch bis zur vollzogenen Publication volle Freiheit der Entscheidung hat, wird vertreten von: v. Rönne, Preuß. St.-R., I. S. 364, 391; H. Schulze, Preuß. St.-R., II. S. 22 f.; H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 526; v. Seydel, Staatsrecht, III. S. 554; G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 514; G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 40; Fricker, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 5, 16 f.; Fricker in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 50. B., S. 399; Brie a. a. O., S. 21 f.; Fleischmann a. a. O., S. 62. Vgl. hierher auch die oben S. 186[1] angeführten Schriftsteller.

Die weitere Frage, welche Handlung des Monarchen es ist, die im Momente des Publicationsvollzuges ex post zur rechtlichen Willensäußerung der Sanction wird, beantwortet sich durch die Thatsache, dass der Monarch selbst die Publication zu veranlassen, also dafür zu sorgen hat, dass sein Wille im Wege des Publicationsvollzuges in die Außenwelt „Öffentlichkeit" trete. Infolge dessen ist nicht schon die Unterzeichnung der Gesetzesurkunde, sondern erst die Ertheilung des Publicationsauftrages an den Minister jene Handlung des Monarchen, welche im Momente der vollzogenen Publication zur rechtlichen Willensäußerung der Sanction wird[1][2]. Die Unterzeichnung der Gesetzesurkunde durch den Monarchen ist zwar ein nothwendiger Act, aber sie ist nur eine Vorbereitungshandlung. Dies zeigt sich in zwei Thatsachen:

a) Der Minister darf auch dann, wenn der Monarch die Urkunde in vollster Absicht unterzeichnet hat, die Publication nicht vornehmen, so lange ihm kein diesbezüglicher Auftrag vorliegt. Anderenfalls würde er sich ebenso einer Verfassungsverletzung schuldig machen, als hätte er eine vom Monarchen überhaupt nicht unterzeichnete Gesetzesurkunde dennoch mit dem Namen des Monarchen publiciert.

b) Damit die rechtliche Willensäußerung des Monarchen vorliege, braucht der Monarch den Sanctionswillen lediglich im Momente

[1] Dies scheint auch G. Meyer, Grundzüge des nordd. Bundesrechtes, S. 70, zu meinen, wenn er sagt: Der Monarch „hat nicht nur das Recht der Publication, sondern auch das der Sanction der Gesetze, das sich im Anbefehlen der Publication äußert". Nur hätte er noch hinzufügen können, dass der Publicationsbefehl erst ex post, im Momente des Publicationsvollzuges, zur rechtlichen Willensäußerung der Sanction wird.

[2] In analoger Weise besteht in Bayern und Hessen, wo die Sanction bereits im Momente der Mittheilung an den Landtag, respective der Erlassung des Landtagsabschiedes, existent ist, die Handlung des Monarchen, die in diesem Momente, ex post, zur Sanction wird, in dem Auftrage an den Minister, dem Landtage diese Mittheilung zu machen, respective den Landtagsabschied zu übermitteln.

der Ertheilung des Publicationsauftrages [1] zu haben. Ob er ihn auch bei Unterzeichnung der Gesetzesurkunde gehabt hat, ist dabei gleichgiltig.

Fassen wir die gemachten Ausführungen zusammen, so gelangen wir zu folgendem Resultate: Es ist unrichtig und dem Wesen der rechtlichen Willensäußerung widersprechend, in der Monarchie die Sanction bereits im Momente der Unterzeichnung der Gesetzesurkunde durch den Monarchen (Ausfertigung) als existent anzusehen [2] und auf diese Weise die durch die Ausfertigung

---

[1] Eine andere Frage ist die, ob nicht auch ein irrthümlich ertheilter Publicationsauftrag Giltigkeit des publicierten Gesetzes bewirkt. Jedenfalls aber würde in einem solchen Falle keine Sanction im Sinne einer Willensäußerung des Monarchen, dass der Gesetzentwurf Gesetz werden solle, vorliegen.

[2] So Laband im Arch. f. öff. R. XIII., S. 611. Nicht ganz klar hingegen kommt dieser sein Standpunkt, dass in der Monarchie die Sanction durch die Ausfertigung erfolge, im „Staatsrecht", I. S. 506 f., zur Darstellung, und so erklärt es sich denn, dass Spiegel, Die kaiserlichen Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft nach österreichischem Staatsrechte, 1893, S. 44, und Arndt in Birkmeyer's Encyklopädie, S. 851, die Sanction als einen von der Ausfertigung zu trennenden „formlosen Act" bezeichnen. Darnach wäre also ein Gesetz sanctioniert, wenn der Monarch dem das Frühstück servierenden Kammerdiener gegenüber zufällig die Äußerung fallen lassen würde, dass er mit dem vom Parlamente beschlossenen Gesetzentwurfe einverstanden sei! Angesichts dieser Absurdität hätten die Genannten viel besser gethan, mit Jellinek die Sanction gar nicht als Willensäußerung, sondern als „inneren Vorgang in der Monarchenpersönlichkeit" aufzufassen (vgl. oben S. 185[1]). — Dass in der Monarchie die Sanction bereits im Momente der Unterzeichnung der Gesetzesurkunde existent sei, behaupten außer Laband noch ausdrücklich: v. Sarwey, Württ. St.-R., II. S. 60 f.; v. Seydel, Staatsrecht, III. S. 579; v. Seydel in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 121; Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 499; Bornhak, Allg. Staatslehre, S. 176; G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 40; Zorn in Hirth's Annalen 1889, S. 358 (vgl. auch Dyroff ebenda, S. 652); Brie a. a. O., S. 23; v. Stengel in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 170; Gaupp ebenda, S. 173; Lustkandl in Mischler—Ulbrich's Österr. Staatswörterbuch, I. S. 819; Schwartz, Die V.-U. f. d. preuß. Staat, S. 202; Fleischmann a. a. O., S. 66; allem Anscheine nach müssen auch v. Rönne a. a. O., I. S. 390 f., und Fricker, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 16 f., ferner in der Zeitschr. f. d.

der Gesetzesurkunde erfolgende Sanction, die Ertheilung des Publicationsauftrages und den Publicationsvollzug als drei getrennte, respective trennbare Stadien im Werdegange eines Gesetzes anzusehen. Solche Stadien sind vielmehr bloß: Die Unterzeichnung der Gesetzesurkunde (Ausfertigung), die Ertheilung des Publicationsbefehles [1], der Publicationsvollzug. Die Sanction dagegen, d. h. die rechtliche Willensäußerung des Monarchen über den Gesetzentwurf, ist erst dann vorhanden, wenn der letzte dieser drei Acte, nämlich der Publicationsvollzug, vollbracht ist, und zwar ist es die Handlung des Publicationsauftrages, welche in diesem Momente, ex post, zur Willensäußerung der Sanction wird [2].

---

ges. Staatswiss. 50. Bd., S. 397 f. (im Widerspruch damit aber S. 399; s. meine Ausführungen S. 186[1] und 191[2]!), hierher gerechnet werden.

[1] Daſs Unterfertigung der Urkunde und Ertheilung des Publicationsbefehles zwei wohl zu trennende Acte sind, heben Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 584, Brie a. a. O., S. 22 f., und v. Stengel a. a. O., S. 170, sehr richtig hervor. Auch Art. 17 R. V. („Ausfertigung und Verkündigung") weist eine diesbezüglich correcte Fassung auf. Gleiches gilt von jenen deutschen Verfassungen, in welchen gesagt wird, daſs der Monarch das Gesetz „erläſst und verkündet (veröffentlicht, promulgiert)". S. Königl. Sächs. Verf. § 87; Old. St. G. G. Art. 140; Schw.-Sond. L. G. G. § 40; Reuß ä. L. Verf. § 67. — Selbstverständlich ist, daſs dem Monarchen die Prüfung obliegt, ob im concreten Falle die verfassungsmäßigen Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Gesetzes gegeben sind. Nur braucht der Monarch diese Prüfung nicht bereits im Momente der Unterfertigung der Urkunde vorzunehmen, sondern es genügt vollkommen, wenn er es erst gelegentlich der Ertheilung des Publicationsauftrages thut. S. bereits G. Meyer in Hirth's Annalen 1878, S. 374.

[2] Es ist demnach nur eine Halbheit und Unentschiedenheit, wenn hin und wieder in der Litteratur die Auffassung auftritt, daſs die Sanction durch die Publication „vollendet" werde. Vollendet wird hier nichts! Denn substantiell kommt durch den Publicationsvollzug zur Handlung des Monarchen nichts mehr hinzu. Die Änderung, die im Momente des Publicationsvollzuges eintritt, ist vielmehr lediglich eine qualitative und besteht darin, daſs die substantiell längst vorhandene Handlung des Monarchen, nämlich der Publicationsauftrag, zur rechtlichen Willensäußerung der Sanction wird. Dem gegenüber sprechen von einer „Vollendung" der Sanction durch die Publication: Binding in der Krit. V. J. Schr., N. F. II., S. 551 („Die Publication bildet . . den Schlussaccord der

Nach dem Gesagten ist es nicht schwer festzustellen, ob wirklich die Publicationsfreiheit als ein Plus zur Sanctionsfreiheit hinzutritt: Der Monarch hat die Freiheit darüber, ob er die Willensäußerung der Sanction abgeben will oder nicht. Diese seine Willensäußerung wird erst im Momente des Publicationsvollzuges existent[1]. Folglich währt die Sanctionsfreiheit des Monarchen bis zu diesem Zeitpunkte. Die Publicationsfreiheit des Monarchen ist also identisch mit der Sanctionsfreiheit desselben[2]. Indem der Monarch darüber verfügt, ob

---

formellen Erklärung ita ius esto"); Fricker, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 17 („Die Sanction des Gesetzes ist eine Manifestation des Gesetzgebungswillens; aber vollendet ist derselbe erst in der Verkündigung."); Fricker in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 50. B., S. 393 (im Widerspruch mit seinen Ausführungen auf S. 397 f.; s. oben S. 186[1]). Ganz unverständlich aber ist es, wenn v. Sarwey a. a. O. auf der einen Seite (II. S. 60 f.) die Sanction mit der Unterzeichnung der Gesetzesurkunde durch den König identificiert und sie der Verkündigung als separaten Act gegenüberstellt („Die Sanctionierung erfolgt .... durch die Unterschrift des Königs, die Verkündigung unter Anführung .... der Zustimmung der Stände"), auf der anderen Seite aber (II. S. 61 Zusatz 1) die Publication doch als „Vollendung" der Sanction bezeichnet.

[1] Insofern Seidler, Budget und Budgetrecht, S. 195 f., dies im Auge hat, ist er natürlich vollkommen im Recht, wenn er erklärt, dass der Monarch die einmal ertheilte Sanction nicht einseitig widerrufen könne. Brie a. a. O., S. 21 Anm. 60, dagegen glaubt, dass Seidler unter Sanction einfach den Act der Unterzeichnung der Gesetzesurkunde verstehe. Ob diese Annahme richtig ist, lässt sich aus den Ausführungen Seidler's nicht mit Sicherheit entnehmen. Jedenfalls aber würde, wenn sie richtig wäre, die Polemik Brie's a. a. O. gegen Seidler vollkommen gerechtfertigt sein. Denn die bloße Unterzeichnung der Urkunde bindet den Monarchen noch lange nicht. Vgl. auch oben S. 188[1]

[2] Eine über die angeblich bereits vollzogene Sanction noch hinausgehende Publicationsfreiheit des Monarchen behaupten: Grotefend, Das d. St.-R., S. 639 f.; v. Rönne a. a. O., I. S. 391; H. Schulze, Preuß. St.-R., II. S. 22 f.; H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 526; Fricker, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 16 f.; Fricker in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 50. B., S. 397 f. Der Fehler, die Publicationsfreiheit als etwas von der Sanctionsfreiheit Verschiedenes anzusehen, veranlasst Fricker, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 4, zu einer irrthümlichen Interpretation des Art. 17 R. V. Er behauptet, dass Art. 17 l. c. dem Kaiser

publiciert werden soll oder nicht, macht er lediglich von der ihm zu Gebote stehenden Sanctionsfreiheit Gebrauch [1]. Das Moment der monarchischen Freiheit, welches in der Publication steckt, hat also mit der Publication als solcher nichts zu thun; diese an sich ist vielmehr ein juristisch ganz untergeordneter Act der Verwaltung, und wenn sie im Gesetzgebungsverfahren der Monarchie eine bedeutende Rolle spielt, so verdankt sie dies nicht ihrem Wesen, sondern dem zufälligen Umstande, dass erst im Momente der vollzogenen Publication die Sanction des Monarchen existent wird, der Monarch somit bis zu diesem Zeitpunkte die volle Sanctionsfreiheit besitzt [2].

---

deshalb keine Verpflichtung zur Publication der Reichsgesetze auferlege, weil Art. 17 l. c. dem Art. 45 der preuß. V. U. nachgebildet sei und dieser dem Könige ja anerkanntermaßen volle Publicationsfreiheit einräume (ähnlich schon v. Martitz, Betrachtungen über die Verfassung des nordd. Bundes, 1868, S. 53 Anm. 45). In Wirklichkeit aber ist die Publicationsfreiheit, als eine bloße Erscheinungsform der Sanctionsfreiheit, dem preußischen Könige nicht durch Art. 45, sondern durch Art. 62 gewährt. Vgl. übrigens auch die einschlägigen Ausführungen von G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 61 f., und im Anschlusse an ihn Eiswaldt, Die Rechte des Deutschen Kaisers an der Gesetzgebung, S. 29 f.

[1] Wenn daher der Monarch die Publication einer von ihm bereits unterfertigten Gesetzesurkunde inhibiert, so bedeutet das nicht, wie gewöhnlich gesagt wird, die „Zurückziehung" oder den „Widerruf" der angeblich bereits ertheilten Sanction, sondern die Unterlassung der Sanction.

[2] Diese Erkenntnis, dass erst im Momente des Publicationsvollzuges von einer rechtlichen Willensäußerung der Sanction gesprochen werden kann, gibt uns für die Frage, ob das Gesetz bereits mit der ertheilten Sanction oder erst mit der vollzogenen Publication vorhanden, oder was dasselbe ist, zur rechtlichen Nothwendigkeit geworden sei, eine sehr einfache Antwort: Bereits mit der ertheilten Sanction. Aber weil die Sanction in der deutschen Monarchie (mit Ausnahme Bayerns und Hessens) erst im Momente der vollzogenen Publication existent ist, kann dort auch von dem Vorhandensein des Gesetzes erst dann gesprochen werden, wenn die Publication vollzogen ist. (Dies namentlich auch gegenüber Zorn in Hirth's Annalen 1889, S. 358.) Dadurch gewinnt es den Anschein, als würde die Publication ein wesentlicher Bestandtheil der Gesetzgebung sein, wie solches von Grotefend a. a. O., S. 639, 778, H. Schulze, Preuß. St.-R., II.

So erweist sich also die Behauptung als gänzlich unrichtig, dass die Publicationsfreiheit jenes Plus in der Thätigkeit des Monarchen erzeuge, welches denselben zur alleinigen Ertheilung des Gesetzesbefehles prädestiniert. Der Monarch hat durch die Publicationsfreiheit vor dem Parlamente juristisch gar nichts voraus. Wie das Parlament, solange es nicht durch Fassung des Annahmebeschlusses seinen Willen geäußert hat, die volle Freiheit der Entscheidung darüber besitzt, ob es durch sein „Ja" die zum Zustandekommen des Gesetzes nöthige Componente setzen will oder nicht, so hat auch der Monarch, solange sein Wille durch den Publicationsvollzug nicht geäußert ist, die volle Freiheit der Entscheidung, ob er durch sein „Ja" die zum Zustandekommen des Gesetzes nöthige Componente setzen will oder nicht.

§ 44. Der Monarch allein spricht den staatlichen Gesetzeswillen aus.

Noch ein letztes Argument, das dafür zu sprechen scheint, dass der Monarch allein den Gesetzesbefehl ertheilt, bedarf der Erörterung. Dasselbe bedient sich folgender Deduction: Zur Ertheilung des im Gesetze liegenden staatlichen Befehles genügt es nicht, dass der Inhalt desselben festgestellt werde, sondern der

---

S. 22 f., H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., I. S. 526, Fricker, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 4 f., 17 f., behauptet wird. Dass sie aber dies in Wirklichkeit nicht ist, sondern lediglich einen Act der Vollziehung darstellt, zeigt sich dort, wo die Sanction bereits vor dem Publicationsvollzuge existent ist, wie in Bayern und Hessen, sowie in der deutschen Reichsgesetzgebung. Daher findet sich bei Schriftstellern des bayrischen Staatsrechtes und des deutschen Reichsstaatsrechtes, wie z. B. bei Pözl, Lehrb. d. bayr. Verf.-R., S. 413, Zorn, Staatsrecht, I. S. 418, Eiswaldt a. a. O., S. 39, mit Vorliebe der Standpunkt vertreten, dass die Publication ein Act der Vollziehung sei. In analoger Weise erklärt es sich, dass auch Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 328, und Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 499 f., die Publication als einen Act der Vollziehung ansehen; dieselben huldigen ja bekanntlich der Auffassung, dass der Monarch — und zwar der deutsche Monarch schlechthin — bereits vor dem Publicationsvollzuge rechtlich gebunden sei, also bereits vor dem Publicationsvollzuge seinen Sanctionswillen rechtlich geäußert habe.

ſtaatliche Befehl muſs auch ausgeſprochen, erlaſſen werden. Dieſe letztere Function des Ausſprechens, Erlaſſens des ſtaatlichen Befehles aber wird vom Monarchen allein verſehen[1], er allein ſtattet den zwiſchen ihm und dem Parlamente vereinbarten Geſetzesinhalt mit dem „ita ius esto" aus. Materiell (ſeinem Inhalte nach) gebildet wird der ſtaatliche Geſetzeswille durch Parlament und Monarch, die beide in gleicher Weiſe zu erklären haben, daſs ſie den Geſetzentwurf als Geſetz, oder was dasſelbe iſt, daſs ſie den Geſetzesinhalt wollen. Formell ausgeſprochen dagegen wird der ſo gebildete ſtaatliche Geſetzeswille vom Monarchen allein, da dieſer allein das „ita ius esto" in die Öffentlichkeit hinausruft. —

Unter denjenigen, die ſich dieſes Argumentes bedienen, iſt in erſter Linie Laband zu nennen. Ja ſeinen Ausführungen über das Weſen des Geſetzesbefehles haftet die Verwertung dieſes Argumentes geradezu als Charakteriſticum an[2]. Laband iſt übrigens auch derjenige, welcher dasſelbe überhaupt erſt zu Ehren gebracht hat. Zwar findet es ſich, wie S. 100 erwähnt, bereits in der Litteratur vor Laband, allein es friſtet in jener Zeit nur ein ſehr beſcheidenes Daſein. Dagegen hat es ſich ſeit den epochemachenden Ausführungen Laband's zu voller Kraft und Blüte entfaltet und beherrſcht ſo bis auf den heutigen Tag ſiegreich die Litteratur des deutſch-conſtitutionellen Staatsrechtes.

---

[1] Hierbei ſei übrigens bemerkt, daſs dieſe Behauptung, der Monarch allein ſpreche den ſtaatlichen Befehl, den ſtaatlichen Geſetzeswillen, aus, nach unſeren Ausführungen (S. 15 ff.) über die Begriffe „Organ" und „Organträger" nicht ganz correct formuliert iſt. Richtig müſste der Satz lauten: „Der Staat ſpricht ausſchließlich durch das Organ ‚Monarch' ſeinen Geſetzeswillen aus." Um aber keine Verwirrung in die Sache zu bringen, wollen wir es uns bei dieſer Feſtſtellung genügen und die incorrecte Formulierung unangetaſtet laſſen.

[2] Während hingegen Jellinek, wie wir oben (S. 133 ff.) ſehen konnten, das Hauptgewicht auf die Betonung der angeblichen Thatſache legt, daſs vermöge der hiſtoriſchen Entwicklung der deutſch-conſtitutionellen Monarchie der Monarch allein im Beſitze der Befehlsmacht geblieben ſei.

Die Anerkennung dieſer letzteren Thatſache kann mich aber nicht hindern, gleich von vorne herein meinen Standpunkt dahin zu präciſieren, daſs ich dieſes Argument, trotz ſeiner glänzenden Formulierung durch Laband, für vollkommen unhaltbar anſehe.

Wir finden die Diſtinction zwiſchen materieller Bildung des ſtaatlichen Geſetzeswillens (Feſtſtellung des Geſetzesinhaltes) und formeller Erklärung dieſes inhaltlich bereits gebildeten ſtaatlichen Willens (Ertheilung des Geſetzesbefehles, Erlaſs des Geſetzes) von Laband bereits dort plaſtiſch hervorgehoben, wo er das Geſetzgebungsverfahren der conſtitutionellen Monarchie beſpricht[1].

---

[1] Namentlich Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 491 ff. Vor Laband wird das Argument, daſs der Monarch allein den ſtaatlichen Geſetzeswillen ausſpreche, alſo allein das Geſetz erlaſſe, gebraucht von: C. S. Zachariä, Vierzig Bücher vom Staate, 1. Aufl., II. S. 288 („Er [sc. der König] gebietet die Beobachtung des Geſetzes"); v. Aretin, Staatsrecht der conſtit. Monarchie, I. S. 186 (Der Monarch „heiligt . . das Geſetz, und jedes Geſetz geht von ihm aus"); Grotefend, Das d. St.-R., S. 640 (wo er die Geſetze „Erläſſe des Souveräns" nennt), ähnlich auch S. 622; H. Schulze, Preuß. St.-R., II. S. 5; Ullmann in der Zeitſchr. f. d. geſ. Staatswiſſ. 1868, S. 364. Manchmal wird dieſes Argument auch verquickt mit dem bereits S. 94 ff. u. S. 132 f. widerlegten Argumente der zeitlichen Aufeinanderfolge der Erklärungen von Parlament und Monarch im Geſetzgebungsverfahren, ſo von Grotefend a. a. O., S. 320 („Es iſt das Recht des Monarchen, daſs nur durch ihn das Recht des Staates ſeine Macht zeigt . . . ."), vgl. auch S. 639; v. Gerber, Grundzüge eines Syſtems, S. 78 („Was alſo der Potenz nach die Staatsgewalt ſelbſt rechtlich vermag, das iſt auch der Inhalt des Willensrechtes des Monarchen und gelangt in ſeinem Willen zur wirklichen Erſcheinung"); v. Held, Allg. Staatsrecht, S. 460 („Das ſogenannte monarchiſche Princip kann . . ſtaatsrechtlich nichts anderes ſein, als der Grundſatz, daſs alles, was Anſpruch auf Staatlichkeit macht, erſt im Durchgange durch den Monarchen als ſolches abgeſtempelt werde").

Seit Laband wenden das Argument an: Binding in der Krit. V. J. Schr., N. F. II., S. 550; Gierke in Grünhut's Zeitſchr. VI., S. 229; Gierke in Schmoller's Jahrb. VII., S. 1176; v. Sarwey, Württ. St.-R., I. S. 30 („Der . . . . Landesherr als der wirklich gewordene Wille des als Einheit gedachten Volkes . . . ."); v. Sarwey, Allg. Verw.-R., S. 24 f. (wenn derſelbe S. 24 den Satz ausſpricht: „Das Geſetz

Allein noch markanter tritt dieser Gegensatz dort hervor, wo Laband das Verfahren in der deutschen Reichsgesetzgebung schildert: Die materielle, inhaltliche Bildung des staatlichen Gesetzeswillens werde von Bundesrath und Reichstag vorgenommen [1]; der formelle Ausspruch des staatlichen Gesetzeswillens, die Ertheilung des Gesetzesbefehles, dagegen erfolge durch den Kaiser. „Den Gesetzesbefehl erlässt der Kaiser" [2].

Die consequente Beobachtung der Distinction zwischen inhaltlicher Feststellung und formellem Ausspruche des staatlichen Gesetzeswillens müsste also Laband eigentlich dazu führen, die Thätigkeit des Bundesrathes auf die bloße Feststellung des Gesetzesinhaltes gemeinsam mit dem Reichstage zu beschränken, ihn also als eine Art Oberhaus dem Reichstage zu coordinieren und über beide den Kaiser als den Ertheiler des Gesetzesbefehles, also als den eigentlichen Gesetzgeber, zu stellen. Nun aber liegt bekanntlich eine solche Auffassung niemandem ferner als Laband selbst. In seinen Augen bildet nicht die Thätigkeit des Kaisers, sondern die des Bundesrathes den Mittelpunkt des Gesetzgebungsverfahrens. Wie aber gelangt er zu diesem Resultate? Dadurch, dass er dem Bundesrathe die „Sanction" der Reichsgesetze zuspricht [3].

Laband kommt also in seiner Darstellung zu folgender Trias:

---

ist das Product des Willens und der Befehl beider [sc. von Parlament und Monarch]", während er doch S. 25 „Sanction" und „Erlassung des Befehles" identificiert, so erklärt sich dies nur so, dass er im ersteren Falle die materielle, inhaltliche Bildung, im letzteren die formelle Erklärung des staatlichen Willens im Auge hat); Gareis, Allg. Staatsrecht, S. 36, 60; G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 509; Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 318; Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 499; Dyroff in Hirth's Annalen 1889, S. 852; Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht, S. 227; Lustkandl in Mischler—Ulbrich's Österr. Staatswörterbuch, I. S. 788; Kulisch, Beiträge zum österr. Parl.-Recht, S. 10 („den staatlichen Willen zum Ausdruck bringt").

[1] Laband a. a. O., I. S. 508 ff.

[2] Laband a. a. O., I. S. 518.

[3] „Die Sanction der Reichsgesetze erfolgt . . durch einen Beschluss des Bundesrathes." Laband a. a. O., I. S. 516.

1. Reichstag und Bundesrath vereinbaren mit einander den Gesetzesinhalt.

2. Der Bundesrath ertheilt die Sanction.

3. Der Kaiser ertheilt den Gesetzesbefehl.

Eine Sanction, die nicht Ertheilung des Gesetzesbefehles ist, und eine Ertheilung des Gesetzesbefehles, die nicht Sanction ist, — dieses Ergebnis der Laband'schen Theorie erscheint mir höchst befremdlich. Ist es doch gerade Laband, welcher sonst die Ausdrücke „Sanction" und „Ertheilung des Gesetzesbefehles" stets synonym gebraucht. Dies gilt vor allem bezüglich jener Ausführungen, die er der Darstellung des Gesetzgebungsverfahrens in der Monarchie widmet[1]. Allein dies ließe sich eventuell noch hinnehmen; man könnte einwenden, dass Sanction und Gesetzesbefehlsertheilung wohl in der Monarchie zusammenfallen, in der deutschen Reichsgesetzgebung dagegen getrennten Organen überwiesen seien. Aber Laband identificiert — und damit erreicht die Merkwürdigkeit ihren Höhepunkt — die beiden Begriffe auch dort, wo er von der deutschen Reichsgesetzgebung spricht: Er kommt nämlich gelegentlich seiner Erörterung über das Verhältnis des Art. 5 zu den Art. 2 und 17 R. V. zu folgendem Ergebnisse: „Die Anordnung des Art. 5 betrifft nur die Feststellung des Gesetzesinhaltes; hierzu ist die Übereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse der beiden Versammlungen (sc. von Reichstag und Bundesrath) erforderlich und ausreichend; der Effect dieser Übereinstimmung besteht aber zunächst nur in der definitiven Herstellung eines Gesetzentwurfes. Um ihn zum Gesetze zu erheben, muss noch

[1] Siehe Laband a. a. O., I. S. 491—493, wo die beiden erwähnten Ausdrücke abwechselnd in vollkommen congruentem Sinne gebraucht sind. — Hier findet sich auch der bereits oben (S. 129 Z. 1) cit. Satz Laband's: „Der Monarch als der alleinige Träger der ungetheilten und untheilbaren Staatsgewalt ist allein imstande, ein Staatsgesetz zu erlassen, d. h. den staatlichen Befehl seiner Befolgung zu ertheilen." Obwohl nun im Deutschen Reiche nach der Anschauung Laband's nicht der Kaiser, sondern „die Gesammtheit der deutschen Staaten, als ideelle Einheit gedacht", „Träger der souveränen Reichsgewalt" ist (a. a. O., I. S. 516), soll dennoch der Kaiser competent sein, den Gesetzesbefehl zu ertheilen?

die Ausstattung desselben mit verbindlicher Kraft, *der Gesetzesbefehl oder die Sanction*, sowie die Ausfertigung und Verkündigung hinzukommen“[1]. Und solange *Laband* an dieser Identificierung von Sanction und Gesetzesbefehlsertheilung festhält, kann er die Ertheilung des Gesetzesbefehles natürlich unmöglich dem Kaiser zusprechen, weil er ihm damit ja auch die Competenz zur Ertheilung der Sanction zuerkennen würde. Daher finden sich bei ihm folgende Ausführungen: „Jedes Gesetz besteht . . aus zwei verschiedenen, auch äußerlich vollkommen von einander getrennten Theilen, von denen der eine die Regeln selbst, der andere den *Gesetzesbefehl, die Anordnung ihrer Befolgung* enthält . . . . . Die wichtigste Frage, welche sich in Betreff der Sanction erhebt, ist die nach dem Organ, welches den Gesetzen die Sanction ertheilt. Die Eingangsformel der Reichsgesetze scheint darauf eine einfache und zweifellose Antwort zu geben; denn nach ihr ist *es der Kaiser, welcher die Anordnung erlässt. Bei näherer Prüfung erweist sich diese Annahme aber als unhaltbar*“[2]. Hiernach also erlässt der Kaiser die „Anordnung ihrer Befolgung“, den „Gesetzesbefehl“, *nicht*, wenige Seiten später dagegen trägt *Laband*, wie wir vorhin[3] sahen, das contradictorische Gegentheil dieser Behauptung als seine wissenschaftliche Ansicht vor — das ist das in sich widerspruchsvolle Schlussresultat, zu welchem *Laband* mit seiner Theorie vom „formellen Aussprechen des staatlichen Gesetzeswillens“ gelangt[4].

[1] *Laband* a. a. O., I. S. 496.

[2] *Laband* a. a. O., I. S. 513. In demselben Sinne *Laband* in *Marquardsen—Seydel—Piloty*, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 81.

[3] S. 197.

[4] Diese ganze Haltung *Laband's* wird von *Fricker*, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 28, auch weidlich ausgenützt. Er bringt den einen Satz *Laband's*, wonach Sanction und Ertheilung des Gesetzesbefehles identisch seien, in Combination mit dessen anderem Satze, dass im Deutschen Reiche der Kaiser den Gesetzesbefehl erlasse, und sagt: „Wenn es wahr ist, dass unter Sanction eines Gesetzes die Ertheilung des Gesetzesbefehles zu verstehen ist, und wenn eben der Kaiser diesen Befehl ertheilt, dann bleibt nichts übrig, als ohne weiteres zuzugestehen, dass der Kaiser die Reichsgesetze sanctioniert, und nicht der Bundesrath.“

Aber selbst wenn wir diese Thatsache ignorieren und von der Annahme ausgehen, dass Laband wirklich von allem Anfange an Sanction und Gesetzesbefehlsertheilung als zwei von einander wesentlich verschiedene Dinge behandle, ist die Dreitheilung Laband's: Feststellung des Gesetzesinhaltes, Sanction, Ertheilung des Gesetzesbefehles, ein von vorne herein verfehltes Unternehmen. Denn wenn die Sanction weder die Theilnahme des Bundesrathes an der gemeinschaftlich mit dem Reichstage vorzunehmenden Feststellung des Gesetzesinhaltes, noch die Ertheilung des Gesetzesbefehles ist, was ist denn dann die Sanction eigentlich? Laband allerdings gibt uns auf diese Frage eine prompte Antwort: Die Sanction des Bundesrathes enthält die Willenserklärung, „den Gesetzentwurf dem Kaiser zur Ausfertigung und Verkündigung zu unterbreiten“[1]. Aber ganz dieselbe Erklärung gibt doch auch der Reichstag ab, indem er den Gesetzesinhalt acceptiert! Denn der Reichstag weiß, dass, wenn er zum Gesetzentwurf „Ja“ sagt und dann auch der Bundesrath den Gesetzentwurf acceptiert, damit die Verpflichtung des Kaisers zur Ausfertigung und Verkündigung begründet ist. Folglich hat die Erklärung des Reichstages, dass er den Gesetzesinhalt als Gesetz wolle, eo ipso auch die Erklärung zum rechtlichen Inhalte, er wolle, dass der Gesetzentwurf dem Kaiser zur Ausfertigung und Verkündigung unterbreitet werde. Der einzige Unterschied zwischen dem Beschluss des Bundesrathes und dem des Reichstages besteht darin, dass der Bundesrath, weil er zeitlich zuletzt in Function tritt, den Beschluss fasst, den Gesetzentwurf ..... zu unterbreiten, während der Reichstag, weil nach ihm erst der Bundesrath zu sprechen hat, bloß den Beschluss fasst, er wolle, dass der Gesetzentwurf ..... unterbreitet werde. Aber dieser Unterschied liegt, wie schon angedeutet, lediglich im zeitlichen Moment; eine innere, wesentliche Verschiedenheit der beiden Willenserklärungen bedeutet er ebensowenig, wie wenn nach der Rosin'schen Formulierung das Parlament erklärt, es wolle, dass der Gesetzentwurf Gesetz

[1] Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 517.

werde, der Monarch dagegen, er wolle, daſs der Geſetzentwurf Geſetz ſei[1].

Die Laband'ſche „Sanction" des Bundesrathes iſt alſo, bei Licht beſehen, nichts anderes, als deſſen Erklärung, daſs er den Geſetzesinhalt wolle. Wir kommen mithin an der Hand der Laband'ſchen Theorie immer wieder zur Degradation des Bundesrathes zu einem bloßen Oberhauſe.

Ich habe die ſeltſamen Reſultate, zu denen man gelangt, wenn man mit Laband ſeine Sympathie dem Argumente vom „formellen Ausſprechen des ſtaatlichen Geſetzeswillens" zuwendet, vielleicht etwas breit dargeſtellt. Allein ich war dazu aus zwei Gründen genöthigt:

Einerſeits werden die früher dargelegten Widerſprüche, die ſich bei Laband finden, in der Litteratur in auffallender Weiſe ignoriert, obwohl ſie nicht etwa nebenſächliche, ſondern ganz principielle, elementare Fragen betreffen. Die in den Bahnen Laband's wandelnde Publiciſtik weiß nichts davon zu berichten, daſs Laband auf der einen Seite Sanction und Geſetzesbefehlsertheilung mit einander identificiert, auf der anderen Seite in ihnen zwei von einander getrennte Dinge erblickt. Vielmehr nehmen die hierher gehörigen Schriftſteller es gewöhnlich als ſelbſtverſtändlich an, daſs Sanction und Geſetzesbefehlsertheilung identiſche Begriffe ſeien[2]. Und doch wäre eine Klärung in der ganzen Sache längſt nothwendig geweſen!

Andererſeits beweist die miſsliche Situation, in welche Laband bei conſequenter Verfolgung ſeiner Theorie ſpeciell hinſichtlich der deutſchen Reichsgeſetzgebung geräth, daſs in der Theorie

[1] Siehe darüber oben S. 96 ff.

[2] So G. Meyer in Hirth's Annalen 1878, S. 371; Zorn in v. Holtzendorff's Rechtslexikon, 3. Aufl., I. S. 437; Zorn, Staatsrecht, I. S. 411, 414; v. Seydel, Staatsrecht, III. S. 550; v. Sarwey, Allg. Verw.-R., S. 25; Gareis a. a. O., S. 175; Fricker a. a. O., S. 34; Bornhak a. a. O., I. S. 517; Brie im Arch. f. öff. R. IV., S. 19; Eiswaldt, Die Rechte des Deutſchen Kaiſers an der Geſetzgebung, S. 7 a. E., S. 41. Erſt Roſenberg in Hirth's Annalen 1900, S. 589 ff., hat auf die erwähnten Widerſprüche bei Laband aufmerkſam gemacht.

vom „formellen Erlaſs des Geſetzesbefehles“, oder was dasſelbe iſt, vom „formellen Ausſprechen des ſtaatlichen Geſetzeswillens“, irgend ein ganz bedeutender Fehler ſtecken muſs.

Dieſer Fehler nun liegt darin, daſs man überhaupt zwiſchen materieller Willensbildung und formeller Willenserklärung als zweien ſtaatlichen Thätigkeitsarten unterſcheidet[1]. Solches bedeutet nämlich, um es kurz herauszuſagen, einen Rückfall in die Spielereien der organiſchen Staatstheorie. Es iſt ja richtig, daſs der ſtaatliche Geſetzeswille erſt in dem Momente gebildet iſt, in welchem der letzte daran betheiligte Factor, nämlich der Monarch, geſprochen hat, und es kann daher auch nichts dagegen eingewendet werden, daſs man das Stadium der ſtaatlichen Willensbildung von dem Zeitpunkte unterſcheidet, in welchem das ſchließliche Endreſultat, nämlich der Act ſtaatlicher Willenserklärung, exiſtent wird. Falſch iſt es nur, wenn man in paralleler Weiſe auch einen Gegenſatz zwiſchen Organen der ſtaatlichen Willensbildung und Organen der ſtaatlichen Willenserklärung conſtruiert. Es iſt vollkommen unzuläſſig, die Thätigkeit des einen ſtaatlichen Factors mit der bei der menſchlichen Willensbildung vor ſich gehenden „Veränderung der Molecular- und Atomlagerung“[2] im Gehirn, die Thätigkeit des anderen ſtaatlichen Factors wiederum mit den Functionen der menſchlichen Sprachwerkzeuge („Willenserklärung“) zu vergleichen. Vielmehr ſind diejenigen Factoren, welche an der ſtaatlichen Willensbildung betheiligt ſind, damit eo ipso in demſelben Maße auch an der ſtaatlichen Willenserklärung betheiligt. Was ſpeciell das Geſetzgebungsverfahren betrifft, ſo kommt der in jedem Geſetze enthaltene Act ſtaatlicher Willenserklärung nicht etwa ſo zuſtande, daſs zuerſt Parlament und Monarch die interne ſtaatliche Willensbildung vollziehen und

[1] Der Gegenſatz zwiſchen materieller und formeller Thätigkeit in der Geſetzgebung findet ſich ſcharf hervorgehoben bei Laband a. a. O., I. S. 518; Zorn, Staatsrecht, I. S. 187, 417 Anm. 30; v. Seydel a. a. O., III. S. 610; G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 509; v. Sarwey a. a. O., S. 24; vgl. auch Fricker a. a. O., S. 30.

[2] Siehe Br. Schmidt, Der Staat, S. 27.

sonach der Monarch die formelle Willenserklärung nach außen hin abgibt, sondern so, dass die von Parlament und Monarch gelegentlich des Stadiums der staatlichen Willensbildung substantiell gesetzten Handlungen im Momente des Publicationsvollzuges zwei inhaltlich mit einander vollkommen übereinstimmende Willenserklärungen von Parlament und Monarch gegenüber der Außenwelt „Öffentlichkeit" darstellen[1], deren gegenseitiges Zusammentreffen eben die Existenz des in Rede stehenden Actes staatlicher Willenserklärung bedeutet.

Um nun wieder auf Laband zurückzukommen: Es muss allerdings zugegeben werden, dass Laband eine solche Distinction zwischen Organen der staatlichen Willensbildung und Organen der staatlichen Willenserklärung nicht ausdrücklich macht. Allein seine Unterscheidung zwischen solchen Factoren, welche den Gesetzesinhalt feststellen, und solchen, welche den Gesetzesbefehl erlassen, aussprechen, ist im Grunde genommen doch nichts anderes, als jene andere Unterscheidung. Wenn daher auch Laband selbst sich mit den Spielereien der organischen Staatstheorie nicht weiter befasst, so kann dies doch nicht hindern, dass seine Lehre in ihren Consequenzen zu denselben führt[2], und schon der Hinblick auf diese

---

[1] Vgl. unten S. 207 ff.

[2] Daher kommt bei einzelnen Anhängern Laband's dieses Spiel mit Analogien aus dem menschlichen Organismus mit voller Deutlichkeit zum Ausdruck. So z. B. sagt Gareis a. a. O., S. 60: „Die Auffassung des Staates als eines einheitlichen lebendigen Wesens .... führt mit Nothwendigkeit dazu, die Vorstadien eines Gesetzes, die Berathungen und Annahmebeschlüsse der verschiedenen ‚gesetzgebenden Factoren' logisch von einem Acte zu trennen, mit welchem und durch welchen das Gesetz in fertiger, rechtlich unzweifelhafter Gestalt als ausgesprochener Staatswille anzusehen ist, und dieser Act ist die Sanction des Gesetzes." (Vgl. auch a. a. O., S. 45.) Auch Fricker a. a. O. kann sich, da er bekanntlich (s. oben S. 107[9]) in der deutschen Reichsgesetzgebung die Laband'sche Construction, und zwar auf das Verhältnis von Reichstag und Bundesrath, anwendet, dem erwähnten Fehler nicht entziehen, wenn er a. a. O., S 31, erklärt: „Der einheitliche Gesetzeswille des Reiches ist sowohl im Bundesrath, als im Kaiser; aber der eine wie der andere kann ihn nur theilweise selbständig zum

Thatsache könnte eigentlich genügen, uns die Überzeugung beizubringen, dass die Theorie vom Gegensatze zwischen materieller Willensbildung und formeller Willenserklärung unhaltbar sei.

Allein mit dieser Feststellung dürfen wir uns nicht zufrieden geben. Denn nur allzu leicht wäre es möglich, dass uns folgender Einwand gemacht würde: Es soll nicht bestritten werden, dass es unzulässig ist, Organe der staatlichen Willensbildung und Organe der staatlichen Willenserklärung von einander zu unterscheiden; aber mag dem auch sein wie immer, die Thatsache kann durch diese Erkenntnis dennoch nicht aus der Welt geschafft werden, dass das „ita ius esto", das „Ich verordne" des Gesetzgebers in der deutsch-constitutionellen Monarchie vom Monarchen, im Deutschen

---

Ausdruck bringen. Der Bundesrath bethätigt den Gesetzeswillen dadurch, dass er den Inhalt schafft, welchen der Kaiser in seinen Gesetzeswillen aufnimmt; der Kaiser dadurch, dass er die nach außen bringende Energie des Reichswillens geltend macht in Beziehung auf den vom Bundesrath geschaffenen Inhalt." In demselben Sinne spricht er übrigens schon a. a. O., S. 30: „Das Reich bildet erst seinen Willen in der Form des Bundesrathsbeschlusses; dann spricht es denselben aus in der Form der kaiserlichen Erklärung, Verordnung." (Ähnlich auch S. 32 f.) Überhaupt gehören alle jene hierher, die ausdrücklich zwischen staatlicher Willensbildung und Willenserklärung, Willensausspruch, als zweien getrennten Acten unterscheiden, z. B. Gierke in Grünhut's Zeitschr. VI., S. 229; Gierke in Schmoller's Jahrb. VII., S. 1176; Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht, S. 227. Auch v. Sarwey, Württ. St.-R., I. S. 30, steht dieser ganzen Richtung nicht sehr ferne mit seinem Satze: „Der .... Landesherr als der wirklich gewordene Wille des als Einheit gedachten Volkes ...." Am schärfsten aber findet sich dieselbe in neuester Zeit vertreten bei Br. Schmidt a. a. O., S. 26 ff. (ohne dass er aber daraus die Consequenz ziehen und den Monarchen für den alleinigen Gesetzgeber erklären würde; vgl. oben S. 146).

Bezeichnend ist, dass dieser Fehler bei einigen Schriftstellern (v. Sarwey, Gareis) Hand in Hand geht mit dem Fehler zu glauben, dass infolge der Einheitlichkeit der Staatsgewalt der staatliche Wille immer nur durch ein Organ erzeugt werden könne, — ein Beweis für die Verwandtschaft der beiden irrigen Anschauungen.

Reiche vom Kaiser[1], ganz allein und ausschließlich ausgesprochen wird[2], dass also trotz alledem der Monarch, respective Kaiser, es ist, der den Gesetzentwurf mit dem Gesetzesbefehl, also mit Rechtsverbindlichkeit, ausstattet. — Bei näherer Betrachtung der Sachlage zerfließt aber auch dieses Argument in ein Nichts.

Diejenigen, die sich desselben bedienen, thun dies im Hinblicke auf die Fassung der Eingangsformel der Gesetze, welche überall ziemlich gleichmäßig in dem Satze besteht: „Mit Zustimmung des Parlamentes verordne ich wie folgt.“ Vor allem nun sei festgestellt, dass sie zwei dem Wesen nach streng von einander zu scheidende Thatsachen mit einander verquicken:

1. Die Thatsache, dass in der Eingangsformel der Monarch, respective der Deutsche Kaiser, allein als der Verordnende, Befehlende, erscheint.

2. Die Thatsache, dass in der Eingangsformel der Monarch, respective Kaiser, allein redend auftritt[3].

---

[1] Wenn hier und im Folgenden die Begriffe „Monarch“ und „Deutscher Kaiser“ zu einander in einen gewissen Gegensatz gebracht werden, so geschieht dies deshalb, weil, wenigstens nach der heute herrschenden Lehre, dem Deutschen Kaiser als solchem eine Monarchenstellung nicht zukommt.

[2] Ausdrücklich berufen sich auf diese Thatsache: Binding in der Krit. V. J. Schr., N. F. II., S. 550; Zorn, Staatsrecht, I. S. 414; Fricker a. a. O., S. 27, 31; Bornhak a. a. O., I. S. 491; Lustkandl a. a. O., I. S. 788 a. E. Siehe übrigens schon C. S. Zachariä, Vierzig Bücher vom Staate, 1. Aufl., II. S. 288 („Kein Gesetz ist ohne Zustimmung des Königs giltig. Er gebietet die Beobachtung des Gesetzes.“); Pözl, Bayr. Verf.-R., S. 298[2].

[3] Diese beiden Thatsachen brauchten nicht immer so, wie in unserem Falle, zusammenzutreffen, sondern könnten von einander auch getrennt sein. So z. B. wäre es — auch politisch — ganz gut möglich, dass in einer Republik der Präsident in der Eingangsformel zu den Gesetzen zwar allein sprechend auftreten, aber nicht als der Anordnende erscheinen würde; dies wäre dann der Fall, wenn die Formel ungefähr folgendermaßen lauten würde: „Ich mache den Staatsunterthanen die Mittheilung, dass die beiden Häuser des Parlamentes durch ihre übereinstimmenden Beschlüsse anordnen wie folgt.“

Daher muſs die Frage, ob der Monarch, reſpective der Deutſche Kaiſer, weil ihnen in der Eingangsformel zu den Geſetzen das „Ich verordne" in den Mund gelegt iſt, auch in Wirklichkeit allein und ausſchließlich den Geſetzesbefehl ertheilen, aufgelöst werden in die beiden Fragen, ob die eine und ob die andere jener beiden Thatſachen geeignet iſt, dieſe Wirkung hervorzurufen.

1. Zunächſt die erſte Thatſache! Kann der Umſtand, daſs ausſchließlich Monarch, reſpective Kaiſer, in der Eingangsformel als Anordnende, Befehlende, erſcheinen, ein Argument dafür bilden, daſs auch in Wirklichkeit der Geſetzesbefehl allein und ausſchließlich von ihnen ertheilt wird? Die Antwort muſs entſchieden negativ ausfallen. Denn die Stiliſierung der Eingangsformel kann auch theoretiſch falſch, d. h. ſo gewählt ſein — aus politiſchen Rückſichten natürlich —, daſs ſie mit dem wahren ſtaatsrechtlichen Sachverhalte nicht übereinſtimmt[1]. Und ſelbſt dann, wenn die Eingangsformel dem rechtlichen Sachverhalte entſprechend abgefaſst ſein ſollte, würde ihre Stiliſierung mit der wirklichen Rechtslage doch immer nur übereinſtimmen, nicht aber ſelbſt Quelle dieſer Rechtslage ſein.

2. Noch weniger jedoch iſt die zweite Thatſache, die nämlich, daſs Monarch, reſpective Kaiſer, in der Eingangsformel allein redend auftreten, imſtande, zu beweiſen, daſs dieſelben auch den Geſetzesbefehl allein ertheilen. Denn die bloße Function, gegenüber demjenigen, an welchen die Willensäußerung adreſſiert iſt, redend aufzutreten, macht den Redenden nicht ſchon zum Subjecte der betreffenden Willensäußerung. Dieſe Function kann vielmehr auch vom Boten beſorgt werden, welcher die Willensäußerung ſeines Auftraggebers an den Adreſſaten überbringt, oder was dasſelbe iſt, ſie demſelben mittheilt. Was ſpeciell die Willensäußerung des Befehles betrifft, ſo iſt derjenige, welcher den Befehl dem Adreſſaten mittheilt, darum nicht auch ſchon derjenige, welcher dieſen Befehl ertheilt. Ertheilung des Befehles und Mittheilung desſelben an den Adreſſaten können ſubjectiv gänzlich von einander getrennt ſein:

[1] Übereinſtimmend v. Seydel, Commentar, S. 172.

Es kann sich zwischen die Person des den Befehl Ertheilenden und die Person des Adressaten die Person des Boten einschieben, so dass nur dieser dem Adressaten gegenüber redend auftritt; es kann aber auch der Fall eintreten, dass von den Mehreren, welche die Ertheilung des Befehles gemeinschaftlich vornehmen, einer es übernimmt, dem Adressaten gegenüber sprechend aufzutreten, so dass er bezüglich der Willensäußerungen seiner Genossen lediglich die Rolle des Boten spielt.

So wäre denn dargethan, dass das „Ich verordne" des Monarchen, respective Kaisers, wie dasselbe in der Eingangsformel zu den Gesetzen zum Ausdrucke kommt, uns nicht die geringste Gewähr dafür bietet, dass der Ausspruch des Gesetzesbefehles, sein Erlass, auch wirklich von Monarch, respective Kaiser, allein ausgeht.

Mit diesem, wenn auch nur negativen Resultate ist also zur Genüge die Hinfälligkeit des Argumentes erwiesen, dass die Ertheilung des Gesetzesbefehles aus dem Grunde ausschließlich dem Monarchen zukomme, weil er allein den staatlichen Gesetzeswillen „ausspreche".

§ 45. Fortsetzung. Positives Ergebnis.

Allein ich glaube, dass die bisherige Erörterung dieses Argumentes außer dem erwähnten negativen auch noch ein positives Resultat ergeben dürfte, dahingehend, dass die Laband—Jellinek'sche Theorie, wenn sie Parlament und Monarch, Reichstag und Bundesrath, einander in Bezug auf das Wollen des Gesetzinhaltes juristisch vollkommen gleichstellt, ebendadurch diese Factoren auch hinsichtlich der Ertheilung des Gesetzesbefehles einander juristisch coordiniere.

Parlament und Monarch, Reichstag und Bundesrath, — so lehrt jene Theorie — haben, beide in gleicher Weise, das Wollen des Gesetzesinhaltes zu erklären, d. h. zum Eintritte der Verpflichtung der Staatsunterthanen zur Vornahme bestimmter Handlungen ist rechtlich erforderlich, dass Parlament und

Monarch, Reichstag und Bundesrath, beide in gleicher Weise, der Außenwelt „Öffentlichkeit" gegenüber die Erklärung abgeben, dass sie die betreffenden Handlungen von irgend einem Zeitpunkte an von den Staatsunterthanen vorgenommen wissen wollen.

Ist dies geschehen, dann ist aber auch alles erfüllt, was nothwendig ist, damit von dem betreffenden Zeitpunkte an die Verpflichtung der Staatsunterthanen zur Beobachtung der normierten Handlungsweise eintrete. Ich wüsste nicht, wo da noch Platz für einen besonderen Gesetzesbefehl sein könnte, der angeblich vom Monarchen, respective vom Deutschen Kaiser, ertheilt wird! Der Gesetzesbefehl wird eben dadurch, dass Parlament und Monarch, Reichstag und Bundesrath, der Außenwelt „Öffentlichkeit" gegenüber das Wollen des Gesetzesinhaltes erklären, von diesen Factoren gemeinsam ertheilt. Allerdings treten der Außenwelt „Öffentlichkeit" gegenüber ausschließlich Monarch, respective Kaiser, redend auf. Allein mit der Frage der Ertheilung des Gesetzesbefehles hat diese Thatsache nichts zu thun. Vielmehr bewirkt dieselbe nur, dass die Mittheilung[1] des von Parlament und Monarch, Reichstag und Bundesrath, gemeinsam ausgehenden Gesetzesbefehles an die Außenwelt „Öffentlichkeit" ausschließlich Sache des Monarchen, respective Kaisers, ist.

1. Darnach besteht der rechtliche Inhalt der Erklärung des Monarchen, die derselbe im Wege des Publicationsvollzuges der Außenwelt „Öffentlichkeit" gegenüber abgibt, einerseits in der Mittheilung, dass das Parlament den Gesetzesinhalt wolle, andererseits in der Kundgebung, dass auch er selbst den Gesetzesinhalt wolle. Hinsichtlich des ersten Theiles seiner Erklärung übt der Monarch lediglich Botenfunction, erst im zweiten Theile derselben kommt sein Antheil an der Ertheilung des Gesetzesbefehles zum Ausdrucke. Dadurch dass der Monarch diese seine Erklärung der Außenwelt „Öffentlichkeit" gegenüber

[1] Dies will offenbar auch Frormann im Arch. f. öff. R. XIV., S. 90, andeuten, indem er sagt, dass allein der Monarch den Unterthanen den von Parlament und Monarch gemeinsam gebildeten Staatswillen „vermittelt".

abgibt, ist nicht nur sein eigener, sondern auch der bis dahin lediglich ihm (dem Monarchen) gegenüber geäußerte Wille des Parlamentes über den Gesetzesinhalt in die Außenwelt „Öffentlichkeit" getreten, mit anderen Worten, die von Parlament und Monarch gemeinsam ausgehende Ertheilung des Gesetzesbefehles ist existent[1].

2. Einfacher ist der rechtliche Inhalt der Erklärung des Deutschen Kaisers. Dieser hat überhaupt keinen Antheil an der Gesetzesbefehlsertheilung, sondern übt lediglich Botenfunction: Er macht der Außenwelt „Öffentlichkeit" einfach die Mittheilung, daſs Reichstag und Bundesrath übereinstimmend den Gesetzes-

---

[1] Würde der Monarch der Außenwelt „Öffentlichkeit" gegenüber lediglich seinen eigenen Willen erklären und ihr nicht auch zugleich als Bote Mittheilung machen, daſs das Parlament den inhaltsgleichen Willen habe, würde also m. a. W. das Parlament seinen Willen bloß gegenüber dem Monarchen, und nicht auch gegenüber der Außenwelt „Öffentlichkeit", äußern, dann allerdings würde der Gesetzesbefehl vom Monarchen allein ausgehen (vgl. S. 126[3]), weil dann nur er demjenigen, an welchen der Gesetzesbefehl gerichtet ist, nämlich der Außenwelt „Öffentlichkeit", willensäußernd gegenübertreten würde. (Vgl. hierzu S. 117.) Allein in Wirklichkeit steht das Parlament keineswegs in einem so rein internen Verhältnis zum Monarchen, sondern es äußert vermittelst der Botenfunction des Monarchen seinen Willen auch gegenüber der Außenwelt „Öffentlichkeit". Dies ergibt sich schon daraus, daſs in den deutsch-constitutionellen Monarchien, sei es kraft gesetzlicher Vorschrift (für Österreich s. Art. 10 St. G. G. vom 21. Dec. 1867 Nr. 145 R. G. B., für die hierher gehörigen constitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches vgl. G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 513 Anm. 10), sei es vermöge alten Herkommens in der Eingangsformel zu den Gesetzen regelmäßig (vgl. G. Meyer a. a. O., S. 513) der geschehenen Zustimmung des Landtages Erwähnung gethan wird. Aber selbst wenn solches unterbleiben würde, wäre die Botenfunction des Monarchen schon dadurch feststehend, daſs — wenigstens nach der Laband—Jellinek'schen Theorie — zum Zustandekommen jedes Gesetzes verfassungsrechtlich die Erklärung des Parlamentes erforderlich ist, daſs es den Gesetzesinhalt wolle, so daſs der Monarch, sobald er etwas als Gesetz publiciert, damit zugleich auch die Mittheilung macht, daſs das Parlament den betreffenden Gesetzesinhalt wolle.

inhalt wollen[1]. Dadurch, daſs dieſe Mittheilung des Kaiſers gemacht iſt, iſt der Wille von Reichstag und Bundesrath über den Geſetzesinhalt der Außenwelt „Öffentlichkeit“ gegenüber geäußert, oder was dasſelbe iſt, der von dieſen beiden Factoren gemeinſam ausgehende Geſetzesbefehl iſt hiermit ertheilt.

Dieſe Verſchiedenheit in der Stellung von Monarch und Kaiſer ergibt ſich aus dem Umſtande, daſs der Monarch, wenn ihm der Annahmebeſchluſs des Parlamentes vorliegt, vollkommen freie Hand hat, ob er dieſe Willensäußerung des Parlamentes an die Außenwelt „Öffentlichkeit“ gelangen laſſen will, während der Deutſche Kaiſer, wenn ihm die übereinſtimmenden Beſchlüſſe von Reichstag und Bundesrath über den Geſetzentwurf vorliegen, die rechtliche Pflicht[2] hat, ſeine Erklärung gegenüber der Außenwelt „Öffentlichkeit“ abzugeben. Durch die neben dem Parlamente auch dem Monarchen eingeräumte Freiheit der Entſchließung zeigt die Rechtsordnung, daſs es ihr darum zu thun iſt, zu wiſſen, ob auch

---

[1] Daſs der Kaiſer lediglich Botenfunction ausübt, erkennt Gareis, Allg. Staatsrecht, S. 60, nur glaubt er, daſs der Kaiſer bloß den Willen des Bundesrathes, nicht auch den des Reichstages, an die „Öffentlichkeit“ mittheile. Gleiches gilt von Jellinek, Geſetz und Verordnung, S. 320, wenn er ſagt: „Der Deutſche Kaiſer, der Präſident der franzöſiſchen Republik erklären im Geſetze nicht ihren eigenen, ſondern einen fremden Willen.“ Unrichtig aber iſt es fortzufahren: „Sie ordnen an, was ein Anderer, im Deutſchen Reich der Bundesrath, in Frankreich die Kammern, beſchloſſen haben.“ Sobald feſtſteht, daſs der Deutſche Kaiſer nicht ſeinen eigenen, ſondern den Willen des Bundesrathes (und Reichstages) erklärt, dann „ordnet“ — mag die Eingangsformel zu den Reichsgeſetzen ſtiliſiert ſein, wie ſie wolle, — nicht er, ſondern eben der Bundesrath (und Reichstag) „an“, und der Kaiſer beſorgt lediglich die Mittheilung dieſer Anordnung, dieſes Befehles, an die Außenwelt „Öffentlichkeit“. Vollkommen correct formuliert finde ich die Function des Kaiſers nur bei H. Schulze, Lehrb. d. d. St.-R., II. S. 119: „Die Verkündigung bezieht ſich auf die Mittheilung nach außen an diejenigen, welche dem Geſetze zu gehorchen haben.“ Vgl. übrigens auch Frormann a. a. O., S. 76.

[2] Dies iſt bis auf wenige Ausnahmen allgemein anerkannt. Vgl. ſtatt aller G. Meyer a. a. O., S. 524, und die daſelbſt, Anm. 5, citierte Litteratur.

der Monarch das Gesetz wolle oder nicht. Beim Deutschen Kaiser hingegen hat die Rechtsordnung dieses Bestreben nicht, denn sonst würde sie ihn nicht zur Abgabe seiner Erklärung verpflichten. Damit ist aber die Verschiedenheit im rechtlichen Inhalte der beiden Erklärungen von Monarch und Kaiser auch schon gegeben; denn der rechtliche Inhalt einer Erklärung ist, wie bereits S. 163 auseinandergesetzt worden ist, derjenige Inhalt, um dessentwillen die Rechtsordnung die betreffende Erklärung abverlangt. Demnach besteht der rechtliche Inhalt der Erklärung des Kaisers ausschließlich in der Mittheilung der Thatsache, dass Reichstag und Bundesrath den Gesetzentwurf als Gesetz wollen, während die Erklärung des Monarchen neben der Mittheilung des Willens des Parlamentes auch noch die Kundgebung des eigenen Willens über den Gesetzentwurf enthält. Dies ist aber nur eine andere Formulierung für die eben vorhin festgestellte Verschiedenheit der rechtlichen Stellung des Monarchen, respective des Deutschen Kaisers, in der Frage der Gesetzesbefehlsertheilung[1].

[1] Wir kommen also vermittelst der Analyse des rechtlichen Inhaltes der Willenserklärung „Befehl" auf den bereits S. 116 aufgestellten Satz zurück, dass dort, wo die betreffende Erklärung *pflichtmäßig* abgegeben wird, ein Befehl *nicht* vorliegt. Denn nur dann, wenn die Erklärung mit voller Freiheit der Entscheidung erfolgt, hat sie den rechtlichen Inhalt, dass der Erklärende die in der Erklärung erwähnte Handlung vorgenommen wissen wolle. Das Gesagte bedarf jedoch einer Einschränkung: Der rechtliche Inhalt einer Erklärung bestimmt sich immer *vom Standpunkte desjenigen aus, an welchen diese Erklärung gerichtet* ist. Auf unseren Fall angewendet, heißt dies: Das Wesen des Befehles verlangt nur, dass der Befehlende *in den Augen desjenigen, dem befohlen wird*, mit voller Freiheit der Entscheidung handelt; ein internes Pflichtverhältnis des Befehlenden nimmt seiner Willenserklärung den Charakter des Befehles *nicht*. — Was nun speciell den Deutschen Kaiser betrifft, so ist seine Pflicht zur Ausfertigung und Verkündigung der Reichsgesetze nicht bloß interner Natur. Denn das Verfassungsrecht verpflichtet ihn, alles das, aber auch nur das, was Reichstag und Bundesrath beschlossen haben, auszufertigen und zu verkündigen, und es weiß daher jedermann, dass der Kaiser, wenn er eine Ausfertigung und Verkündigung vornimmt, lediglich einer rechtlichen Verpflichtung gehorcht. — Nach all dem Gesagten ist es unzutreffend, wenn *Fricker*, Die Verpflich-

So hat uns die Erörterung des Argumentes, daſs angeblich einzig und allein der Monarch, reſpective der Deutſche Kaiſer, berufen ſeien, den ſtaatlichen Geſetzeswillen „auszuſprechen“, den Geſetzesbefehl „formell“ zu erlaſſen, zu dem poſitiven Reſultate gebracht, daſs die Laband—Jellinek'ſche Theorie mit ihrer Coordination von Parlament und Monarch, Reichstag und Bundesrath, in Bezug auf die Erklärung des Wollens des Geſetzesinhaltes in ihren Conſequenzen nothwendig zur Coordination dieſer Factoren auch in Bezug auf die Ertheilung des Geſetzesbefehles führe. Hinter der angeblichen Thatſache, daſs ausſchließlich der Monarch, reſpective der Deutſche Kaiſer, den Geſetzesbefehl ertheilen, nach außen hin den ſtaatlichen Geſetzeswillen ausſprechen, ſteckt als wahrer Kern nur ſo viel, daſs ausſchließlich Monarch, reſpective Kaiſer, berufen ſind, der Außenwelt „Öffentlichkeit“ gegenüber

---

tung des Kaiſers, S. 35 f., bei Begründung ſeines Standpunktes, wonach die Sanction, der Geſetzesbefehl, vom Deutſchen Kaiſer ertheilt werde, ſich auf die an und für ſich gewiſs richtige Thatſache beruft, daſs es auch eine pflichtmäßige Befehlsertheilung gebe, und glaubt, daſs demnach die Richtigkeit ſeiner Anſchauung über die Competenz des Deutſchen Kaiſers zur Geſetzesbefehlsertheilung in keiner Weiſe davon abhänge, ob der Kaiſer zur Vornahme der Ausfertigung und Verkündigung rechtlich verpflichtet ſei oder nicht. — Fricker a. a. O. ſucht übrigens für die Richtigkeit ſeiner Behauptung, daſs dem Deutſchen Kaiſer keine bloße Botenqualität, ſondern vielmehr die Competenz zur Geſetzesbefehlsertheilung zukomme, auch noch andere Argumente beizubringen: Einerſeits ſagt er S. 30: „Der Willensact des Reiches iſt in zwei, durch zwei verſchiedene Organe vorzunehmende Theilacte zerlegt; das Reich bildet erſt ſeinen Willen in der Form des Bundesrathsbeſchluſſes; dann ſpricht es denſelben aus in der Form der kaiſerlichen Erklärung, Verordnung“; andererſeits weiſt er S. 28 auf Art. 17 R. V. hin, laut welchem der Kaiſer ſeine Anordnungen und Verfügungen „unmittelbar im Namen des Reiches, nicht im Namen oder in Repräſentation der Verbündeten“ erlaſſe. Bezüglich des erſteren Argumentes ſei auf das S. 202 ff. Geſagte verwieſen, dem letzteren Argumente gegenüber muſs hervorgehoben werden, daſs die Botenqualität des Deutſchen Kaiſers ohne Rückſicht auf die Formulierung des Art. 17 R. V. bereits durch die offen daliegende Thatſache gegeben iſt, daſs er nur das und alles das zu verkündigen rechtlich verpflichtet iſt, was die Zuſtimmung von Reichstag und Bundesrath gefunden hat.

sprechend aufzutreten, also mit anderen Worten nur sie mit derselben in directen Verkehr treten.

Wie erklärt sich übrigens die letztere rechtliche Thatsache? Daraus, dass ausschließlich Monarch, respective Kaiser, berufen sind, ihre Unterschrift unter die Gesetzesurkunde zu setzen, mit anderen Worten, die Gesetzesurkunde „auszufertigen". Darin liegt ja gerade das Wesen der Unterfertigung einer Erklärung, dass der Unterfertigende nunmehr in der betreffenden Urkunde redend auftritt.

Dass in der deutschen Monarchie ausschließlich der Monarch zur Ausfertigung der Gesetzesurkunde berufen ist, ist in manchen Verfassungen ausdrücklich normiert, indem da nämlich gesagt wird, dass der Monarch die Gesetze „erlässt"[1]. Aber auch dort, wo ein solcher Verfassungssatz fehlt, ist die erwähnte ausschließliche Competenz des Monarchen zur Ausfertigung der Gesetzesurkunde vorhanden: Dass der Monarch überhaupt berufen ist, die Gesetzesurkunde auszufertigen, ergibt sich indirect aus der Vorschrift der Contrasignatur[2], und dass allein er dazu berufen ist, folgt aus der Thatsache, dass eine gegentheilige Norm fehlt.

Auch im Deutschen Reiche ist ausdrücklich bestimmt, wer die Gesetzesurkunde auszufertigen habe, und zwar in der Weise, dass Art. 17 R. V. die „Ausfertigung" der Reichsgesetze dem Kaiser überträgt.

Die Behauptung, dass die Gesetzesurkunde ausschließlich vom Monarchen, respective vom Deutschen Kaiser, unterfertigt wird, erleidet durch den Hinweis auf die ministerielle Contrasignatur keine Entkräftung. Denn nicht der Minister unterzeichnet den Gesetzestext, nicht

---

[1] Bayr. Verf. Tit. VII § 30 (woselbst der Deutlichkeit halber noch hinzugefügt ist: „Mit seiner Unterschrift"); Königl. Sächs. Verf. § 87; Old. St. G. G. Art. 136, 140; Anh. L. O. § 19; Schw.-Sond. L. G. G. § 40; Wald. Verf. § 6; Reuß ä. L. Verf. § 67. Mit dem Worte „Erlassen" wird da dem Monarchen die Function zugesprochen, allein die Gesetzesurkunde zu unterfertigen und auf diese Weise allein gegenüber der Außenwelt „Öffentlichkeit" sprechend aufzutreten. An der Thatsache jedoch, dass der Gesetzesbefehl von Parlament und Monarch gemeinsam ertheilt wird, vermag es nichts zu ändern. Auch die österr. Verfassung (Art. 10 St. G. G. vom 21. Dec. 1867 Nr. 145 R. G. B.) geht von der Voraussetzung der Unterfertigung der Gesetzesurkunde durch den Kaiser aus. Vgl. richtig Brie a. a. O., S. 23 Anm. 63, gegen Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 325, 327.

[2] Vgl. diesbezüglich die bei G. Meyer a. a. O., S. 228 Anm. 15, cit. gesetzlichen Bestimmungen und § 1 österr. Ges. vom 25. Juli 1867 Nr. 101 R. G. B.

er schließt den Gesetzestext ab. Dies besorgt vielmehr lediglich der Monarch. Der Minister unterzeichnet eine ganz separate, von der Erklärung des Monarchen, respective Kaisers, streng zu trennende und nur räumlich, d. h. durch das Stück Papier, mit letzterer verbundene Erklärung. Der Tenor dieser Erklärung des Ministers läßt sich etwa in die Worte formulieren: „Ich bestätige die Gesetzmäßigkeit des ganzen Gesetzgebungsverfahrens, von welchem die vorliegende Urkunde Zeugnis ablegt, und übernehme für diese meine Behauptung die gesetzlich normierte juristische[1] Verantwortung." Dieser Tenor wird nach alter Praxis durchwegs als selbstverständlich weggelassen, so daß nur die Unterschrift des Ministers übrigbleibt. Allein dies bewirkt nicht etwa, daß der Minister gemeinsam mit dem Monarchen, respective Kaiser, die Gesetzesurkunde unterzeichnet, sondern das, was er unterzeichnet, ist und bleibt die eben früher formulierte Erklärung[2].

An der Thatsache, daß der Gesetzesbefehl von Parlament und Monarch, respective von Reichstag und Bundesrath, ertheilt wird, ändert auch der Umstand nichts, daß in der Eingangsformel zu den Gesetzen das „Ich verordne" dem Monarchen, respective dem Deutschen Kaiser, in den Mund gelegt ist. Es kann nicht genug vor dem Irrthum gewarnt werden, als ob diese letztere Thatsache bewirken würde, daß der Gesetzesbefehl vom Monarchen, respective vom Deutschen Kaiser, ertheilt werde[3]. Mit voller Schärfe

---

[1] Es mag ja richtig sein, daß der Minister durch seine Contrasignatur auch die politische Verantwortung über den Inhalt des Gesetzes übernimmt. Aber dies ist keine juristische, sondern bloß eine politische Thatsache und kann demnach bei der Frage nach dem juristischen Gehalte der ministeriellen Erklärung nicht in Betracht kommen. A. M. Dyroff in Hirth's Annalen 1889, S. 869.

[2] Es liegen hier die Dinge ganz so, wie bei den Bürgenunterschriften auf einer Wechselurkunde. Die Erklärung, welche die Bürgen unterzeichnen, ist nicht die Erklärung des Hauptschuldners, sondern eben die Bürgschaftserklärung, deren Tenor aber weggelassen ist, weil derselbe durch den typischen Platz, auf welchem die Bürgenunterschrift in dem Blanquette steht, selbstverständlich und seine ausdrückliche Aufnahme in die Urkunde daher überflüssig ist.

[3] Vgl. hierher die S. 205[2] angeführten Schriftsteller. Gegen diese Methode mit Recht Frormann a. a. O., S. 76, und Eiswaldt, Die Rechte des Deutschen Kaisers an der Gesetzgebung, S. 25.

kommt dieser Irrthum in der deutschen Reichsgesetzgebung zur Geltung, wo der Kaiser in Wirklichkeit der Ertheilung des Gesetzesbefehles gänzlich ferne steht, während er nach der Ansicht Laband's dieselbe allein und ausschließlich vornimmt (vgl. oben S. 197 f.). Laband sucht sich dabei mit dem Wörtchen „formell" zu behelfen. „Der Bundesrath ist durchweg darauf beschränkt, Beschlüsse zu fassen; dagegen erlässt er niemals formell Befehle" [1]. Dem gegenüber sei nochmals betont, dass die Competenz zur Gesetzesbefehlsertheilung — und zwar zur materiellen und formellen! — nicht von der Formulierung der Eingangsformel [2], sondern davon abhängt, wem die Freiheit der Entscheidung zukommt [3].

---

[1] Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 518.

[2] Auch dann nicht, wenn sie „auf einer verfassungsmäßigen Festsetzung" beruhen würde. Dies gegen G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 68.

[3] Derjenige, welcher mit Laband die Frage nach der Ertheilung des Gesetzesbefehles davon abhängig macht, dass das „Ich verordne" in der Eingangsformel ausschließlich dem Monarchen, respective dem Deutschen Kaiser, in den Mund gelegt ist, muss consequenter Weise im Deutschen Reiche bei den sogenannten Bundesrathsverordnungen die „formelle" Ertheilung des Verordnungsbefehles, den „formellen" Erlass der Verordnung, dem Reichskanzler zusprechen. Laband a. a. O., I. S. 518, und in v. Stengel's Wörterbuch d. d. Verw.-R., I. S. 250, thut dies auch thatsächlich. Ihm schließt sich an H. Schulze a. a. O., II. S. 56 f., an, obwohl auch dieser a. a. O., II. S. 123, sich nicht enthalten kann, vom „Bundesrath, welcher an sich nur Verwaltungsvorschriften erlassen darf", zu sprechen. Die Mehrzahl der Schriftsteller aber steht auf dem richtigen Standpunkte, dass die Verordnung, m. a. W. der Verordnungsbefehl, vom Bundesrathe erlassen werde und dem Reichskanzler nur Botenfunction zukomme. Z. B. G. Meyer, Grundzüge des nordd. Bundesrechtes, S. 69; Thudichum, Verfassungsrecht des nordd. Bundes, 1870, S. 126; Westerkamp, Über die Reichsverfassung, 1873, S. 156; Gierke, Das alte und das neue Deutsche Reich, 1874, S. 28; G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 540, 541 u. a. v. Kirchenheim, Lehrb. d. d. St.-R., S. 111.

Desgleichen müsste Laband's Standpunkt dahin führen, dass die Ernennung der Reichsbeamten auch in jenen Fällen, in denen der Kaiser dem durch Bundesrathsbeschluss Nominierten das Ernennungsdecret zuzu-

Die Eingangsformel zu den Gesetzen ist also sowohl in der Monarchie, als auch im Deutschen Reiche juristisch unrichtig stilisiert. Wenn sie in der Monarchie lautet: „Ich, Monarch, verordne" so ist daran wohl das Wörtchen „Ich" correct, d. h. es ist der juristischen Sachlage entsprechend, dass nur der Monarch, nicht auch das Parlament, in der Eingangsformel redend auftritt, unrichtig aber ist es, dass auch das Anordnen, Befehlen, dem Monarchen allein zugewiesen ist, da doch in Wahrheit der Befehl von Parlament und Monarch gemeinsam ausgeht. „Das Parlament und ich, Monarch, ordnen gemeinschaftlich an, wie folgt", in dieser Formulierung wäre das wahre juristische Verhältnis von Parlament und Monarch in der Gesetzgebung zum schärfsten Ausdruck gebracht[1] und die beiden Bestandtheile, welche den

---

fertigen rechtlich verpflichtet ist (die Fälle sind aufgezählt bei G. Meyer a. a. O., S. 459[8]), „formell" vom Kaiser vollzogen werde. Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 230, zieht diese Consequenz auch thatsächlich. Mit Recht wendet sich G. Meyer a. a. O., S. 459, 459[9] gegen eine solche Auffassung und betont, dass ausschließlich der Bundesrath in diesem Falle die Ernennung vornimmt und der Kaiser lediglich den Bundesrathsbeschluss „vollzieht", womit von diesem Schriftsteller die Botenfunction des Kaisers angedeutet ist. Nur hätte G. Meyer dieser seiner Gegnerschaft gegen den Laband'schen Standpunkt auch in der Lehre von der Gesetzgebung Ausdruck verleihen sollen. Statt dessen aber unterscheidet er dort (a. a. O., S. 509) den formellen Erlass der Gesetze von deren materiellem Zustandekommen.

Auch bei vielen anderen Fragen der deutschen Reichsverfassung ist es entscheidend, ob man sich auf den falschen Laband'schen Standpunkt stellt oder nicht, z. B. bei der Frage, ob die Initiative im Reichstage dem Bundesrathe oder dem Kaiser zustehe, ferner wer im Falle des Art. 24 R. V. die Auflösung des Reichstages vornehme: Kaiser oder Bundesrath oder beide gemeinsam.

[1] Es ist daher, wie Bornhak, Preuß. St.-R., I. S. 491, ganz richtig hervorhebt, unmöglich, dass die Eingangsformel den Tenor hätte: „Wir, Herrenhaus und Abgeordnetenhaus des preußischen Landtages, verordnen mit Zustimmung Sr. Majestät des Königs von Preußen, was folgt." Denn

1. würde da der Landtag, nicht der König, sprechend auftreten, und

Inhalt der Erklärung des mit der „Öffentlichkeit“ allein in directen Verkehr tretenden Monarchen ausmachen, nämlich Mittheilung der Willensentschließung des Parlamentes und Kundgebung des eigenen Willens, in möglichst plastischer Weise hervorgehoben [1]. Ebenso hätte die Eingangsformel zu den deutschen Reichsgesetzen correcter Weise zu lauten: „Ich, Kaiser, theile mit, dass Reichstag und Bundesrath gemeinsam verordnen wie folgt“ [2].

Die Ursache, weshalb man die Eingangsformel zu den Gesetzen so gern juristisch incorrect abfasst, liegt in politischen Rücksichten. Es mag juristisch correcter sein, wenn Monarch und Parlament in der Eingangsformel befehlend auftreten, aber die politische Überlegenheit des deutschen Monarchen gegenüber dem Parlamente führt dazu, in der Eingangsformel, auf Kosten der juristischen Correctheit, den Monarchen allein als den Befehlenden auftreten zu lassen [3]. Auf diese Weise wird dem nur politisch denkenden Laien die politische Thatsache vor Augen geführt, dass die politische Machtfülle im Staate in den Händen des Monarchen ruht. Und die politische Wirkung einer der-

---

2. würde bloß der Landtag, und nicht auch der König, befehlend, anordnend, erscheinen. Wenn aber Bornhak a. a. O. in der Unmöglichkeit einer solchen Textierung der Eingangsformel gleich einen Beweis dafür erblickt, dass der Monarch allein den Gesetzesbefehl ertheile, so ist das denn doch ein allzu kühner Luftsprung!

[1] Annähernd in diesem Sinne formuliert ist die Eingangsformel in Belgien („Les Chambres ont adopté et nous sanctionnons ce qui suit“) und in Italien („Il senato e la Camera dei Deputati hanno approvato; Noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue“).

[2] Unbegreiflich ist, wie Zorn, Staatsrecht, I. S. 415, behaupten kann, dass die Eingangsformel zu den Reichsgesetzen, richtig formuliert, lauten müsste: „Wir (sc. der Kaiser) verordnen auf Grund und in Ausführung . . . .“ Hat er doch kurz vorher (S. 414) behauptet, dass der Bundesrath die Sanction ertheile, und dass die Sanction Ertheilung des Gesetzesbefehles sei. Wie kann, wenn der Bundesrath den Gesetzesbefehl ertheilt, die richtige Formulierung der Eingangsformel lauten: „Wir, Kaiser, verordnen . . . .“? Die gleiche Kritik trifft Eiswaldt a. a. O., S. 22, im Vgl. mit S. 41.

[3] In Belgien und Italien, wo die politische Machtvertheilung eine andere ist, ist auch die Formulierung der Eingangsformel anders geartet. (Siehe oben Anm. 1.)

artigen, wenn auch mit den juristischen Competenzverhältnissen nicht im Einklange stehenden Formulierung der Eingangsformel ist umso größer, als dadurch die größtmögliche Anpassung an die Eingangsformel aus der Zeit des Absolutismus erzielt wird; braucht doch zur letzteren („Ich verordne, wie folgt") nur das unscheinbare „Mit Zustimmung des Parlamentes" hinzugefügt zu werden, so dass es dem Laien bei der Lectüre der Eingangsformel kaum zum Bewusstsein kommen wird, welche gewaltige Änderung in Bezug auf die juristische Competenz zur Ertheilung des Gesetzesbefehles gleichzeitig mit dieser scheinbar ziemlich nebensächlichen Erweiterung der Eingangsformel vor sich gegangen ist[1]. Und ebenso verdankt die Eingangsformel zu den deutschen Reichsgesetzen ihre juristisch incorrecte Formulierung Erwägungen politischer Natur, die dazu führten, dass man sich die preußische Eingangsformel zum Vorbild nahm.

IV. Capitel.

Schlussbetrachtungen.

§ 46. Die Ursache für die dominierende Stellung der Laband'schen Construction.

Die Laband—Jellinek'sche Theorie führt, wie bereits mehrfach hervorgehoben, in ihrer Consequenz zu dem Satze, dass Parlament und Monarch in der Gesetzgebung Willenserklärungen von vollständig gleichem juristischen Gehalte abgeben.

Leider ist diese Thatsache der modernen Publicistik bis auf den heutigen Tag sozusagen vollständig verborgen geblieben. Noch immer gilt es als communis opinio[2], dass trotz der Coordination

[1] Über die in so vielen Fällen geübte Praxis, die dem Monarchen in der Zeit des Absolutismus zustehenden rechtlichen Competenzen und Qualitäten in die Zeit des Constitutionalismus, wo ihnen jeglicher juristischer Kern fehlt, in Gestalt von juristisch belanglosen äußerlichen Formalitäten hinüberzunehmen und so den Eindruck der in der juristischen Sachlage vor sich gegangenen Änderung — wenigstens auf politischem Gebiete — abzuschwächen, vgl. die trefflichen Bemerkungen bei Geffcken, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 42.

[2] Die Ausnahmen siehe im Anhang I!

von Parlament und Monarch hinsichtlich ihrer Erklärungen über den Gesetzesinhalt dennoch die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung eine ganz andere sei, als die des Monarchen.

Die Ursache dieser merkwürdigen Erscheinung mag, wenigstens zum großen Theile, darin liegen, dass Laband in äußerst bestechender Weise der Thätigkeit des Parlamentes eine andere Bezeichnung beilegt, als der des Monarchen und dadurch den Anschein erweckt, als ob auch der juristische Gehalt der beiden Thätigkeiten ein verschiedener sei. Zur Charakterisierung der Function des Parlamentes verwendet er den Ausdruck „Feststellung des Gesetzesinhaltes", zur Charakterisierung der Function des Monarchen den Ausdruck „Ertheilung des Gesetzesbefehles".

In dieser Laband'schen Nomenclatur ist Wahres und Falsches vermengt: Richtig ist, dass die Thätigkeit des Parlamentes „Feststellung des Gesetzesinhaltes" genannt werden kann, sofern man darunter die beiden Thatsachen im Auge hat, dass das Parlament in die Lage kommt, die an sich rein technische, auch von einer Gesetzgebungscommission, Juristentag ꝛc. verrichtbare Arbeit der Formulierung des Gesetzesinhaltes durchzuführen[1], und dass der die sogenannte Sanction ertheilende Monarch gegenüber dem vom Parlamente formulierten Gesetzesinhalte nur die Wahl zwischen „Ja" oder „Nein" hat[2]. Richtig ist ferner, dass von der geschehenen Ertheilung des Gesetzesbefehles, von der vorhandenen Ausstattung des Gesetzentwurfes mit verbindlicher Kraft erst dann die Rede sein kann, wenn der Monarch die sogenannte Sanction ertheilt hat; solange der Monarch nicht gesprochen hat, ist der Gesetzesbefehl nicht ertheilt. „Feststellung des Gesetzesinhaltes" bedeutet daher den Anfangspunkt, „Geschehene Ertheilung des Gesetzesbefehles" den Endpunkt der ganzen Entwicklung, wie sie uns im Gesetzgebungsverfahren vor Augen tritt. Und weil infolge des zwischen Parlament und Monarch bestehenden Turnus am Anfangspunkte dieser Entwicklung das Parlament,

---

[1] Von Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 491, hervorgehoben.
[2] Von Laband a. a. O., I. S. 492, hervorgehoben.

am Endpunkte der Monarch thätig ist, lag die Versuchung nahe, den juristischen Inhalt der Willenserklärung des Parlamentes als Feststellung des Gesetzesinhaltes, den juristischen Inhalt der Willenserklärung des Monarchen als Ertheilung des Gesetzesbefehles zu bezeichnen und auf diese Weise in die Thätigkeiten der beiden Factoren eine inhaltliche Verschiedenheit hineinzuconstruieren. Das Auge des nüchternen Juristen hätte diese Methode aber nicht blenden sollen! In Wahrheit sind nämlich die beiden Willenserklärungen vollkommen inhaltsgleich, sie gehen dahin, dass Parlament, respective Monarch, den Gesetzesinhalt wollen, mit andern Worten, dass sie den formulierten Satz juristischen Inhaltes als Inhalt eines Gesetzes wollen. Es ist vollkommen verfehlt, den juristischen Gehalt der Thätigkeit des Parlamentes mit dem Ausdrucke „Feststellung des Gesetzesinhaltes" charakterisieren zu wollen. Denn dass die Feststellung des Gesetzesinhaltes dem Parlamente zukommt, ist nur eine Erscheinung secundärer Natur, hervorgehend aus der primären Thatsache, dass das Parlament seine Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes zeitlich zuerst, also in der Vorhand, abzugeben hat. Ganz verfehlt aber ist es, den juristischen Gehalt der Thätigkeit des Monarchen als „Ertheilung des Gesetzesbefehles" zu bezeichnen. Denn dass die Ertheilung des Gesetzesbefehles erst dann perfect ist, wenn der Monarch gesprochen hat, ist nicht etwa deshalb der Fall, weil der Monarch den Gesetzesbefehl allein ertheilt, sondern deshalb, weil der Monarch, welcher sich mit seiner Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes in der Hinterhand befindet, unter den Factoren, die ihre inhaltsgleichen Erklärungen des Wollens des Gesetzesinhaltes abzugeben haben und eben dadurch den Gesetzesbefehl gemeinsam ertheilen, zeitlich zuletzt in Thätigkeit tritt.

Die Hauptursache des dominierenden Einflusses der Laband'schen Construction auf die staatsrechtliche Litteratur liegt also in einer zwar blendenden, aber juristisch unhaltbaren Verwertung des Momentes der zeitlichen Aufeinanderfolge der inhaltsgleichen Willenserklärungen von Parlament und Monarch im Sinne einer angeblichen Inhaltsverschiedenheit dieser Willenserklärungen.

§ 47. Bedeutung der Laband—Jellinek'schen Theorie für die Entwicklung der Gesetzgebungstheorie.

Die herrschende Lehre in der Frage der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens beruht bekanntlich auf der Combination des Vereinbarungsstandpunktes mit dem Satze, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei. Aber eine wirklich wissenschaftliche Formel für diese Combination wurde erst durch die Laband—Jellinek'sche Theorie aufgestellt. Diese Theorie hat den Weg gewiesen, den derjenige einschlagen muss, welcher die herrschende Lehre in wahrhaft tiefdringender Weise erfassen will, sie hat gezeigt, wie die der herrschenden Lehre zugrunde liegende Combination, wenn sie überhaupt gehalten werden kann, construiert werden muss. Allerdings ist diese ihre Bemühung, wie meine Ausführungen gezeigt haben dürften, eine vergebliche geblieben. Die von ihr behauptete Vereinbarung des Gesetzesinhaltes zwischen Parlament und Monarch führt mit unerbittlicher Consequenz zu dem Satze, dass auch die Ertheilung des Gesetzesbefehles, die Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens, dem Parlamente und Monarchen gemeinsam zusteht. Aber mag auch dieser Versuch missglückt sein, die Thatsache, dass derselbe überhaupt unternommen wurde, ist auf den Fortschritt in der Erfassung des Problems von gewaltigem Einfluss gewesen.

Die Laband—Jellinek'sche Theorie mit ihrem verfehlten Endergebnisse lehrt uns nämlich, dass es überhaupt unmöglich ist, den Vereinbarungsstandpunkt in Einklang zu bringen mit dem Satze, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei. Damit erscheint die S. 50 gestellte Frage beantwortet: Der Vereinbarungsstandpunkt führt mit zwingender Nothwendigkeit zur vollkommenen juristischen Coordination von Parlament und Monarch in der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens. Dieser Erkenntnis durch eine wahrhaft wissenschaftliche, wenn auch fehlerhafte Behandlung des Problems den Weg gebahnt zu haben, ist das unvergängliche Verdienst der Laband—

Jellinek'schen Theorie, darin besteht ihre epochale Bedeutung für die Entwicklung der Gesetzgebungstheorie.

§ 48. Die Lehre von der alleinigen Gesetzgeberschaft des Monarchen führt mit Nothwendigkeit in das Lager der Gegner des Vereinbarungsstandpunktes.

Die Kritik der Laband—Jellinek'schen Theorie führt zu folgender Alternative: Entweder hält man an dem Vereinbarungsstandpunkte fest und bleibt bei dem Satze, dass Parlament und Monarch einander in Bezug auf das Wollen des Gesetzesinhaltes coordiniert seien; dann muss man folgerichtig zur Erkenntnis gelangen, dass Parlament und Monarch einander auch in Bezug auf die Ertheilung des Gesetzesbefehles coordiniert seien. Oder aber man perhorresciert diese letztere Zumuthung und bleibt bei der Ansicht, dass der Monarch allein den Gesetzesbefehl ertheile und das Parlament zu dieser ausschließlich vom Monarchen vorzunehmenden Handlung lediglich seine Zustimmung ertheile, ohne an der Handlung selbst Antheil zu haben[1]; dann jedoch steht auch die Abgabe der rechtlich relevanten Erklärung des Wollens des Gesetzesinhaltes ausschließlich dem Monarchen zu, und das Parlament hat zu dieser Handlung des Monarchen lediglich seine Zustimmung zu geben, ohne dass ihm an der positiven Schaffung des Gesetzesinhaltes ein Antheil zukäme. Dem entsprechend wäre die einzig richtige Reaction auf die Laband—Jellinek'sche Theorie die gewesen, dass diejenigen, welche sich von dem Dogma, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, nicht zu trennen vermochten, in das Lager der Gegner des Vereinbarungsstandpunktes gedrängt worden wären. In Wirklichkeit aber ist seit dem Auftreten der Laband'schen Theorie die Gegnerschaft zum Vereinbarungsstandpunkte fast ganz verstummt. Die Lehre, dass in der Gesetzgebung die positive, schaffende Thätigkeit ausschließlich Sache des Monarchen sei, während dem Parlamente

[1] Solches wird besonders stark betont von Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 317 f., und v. Seydel, Commentar, S. 116.

— auch in Bezug auf die Schaffung des Gesetzesinhaltes — nur eine negative, hindernde Thätigkeit zukomme, wird, wenn wir von der kurzen Bemerkung Rieker's[1] absehen, heute eigentlich nur mehr von Fricker[2] vertreten, und auch nicht einmal dieser Schriftsteller ist vollkommen sicher, bedient er sich doch gelegentlich, nämlich für das Verhältnis von Bundesrath und Kaiser in der deutschen Reichsgesetzgebung, auch einmal der Laband'schen Construction[3]. So ist diese Theorie eigentlich nur mehr von litterarhistorischem Interesse. Glanzvolle Namen, wie v. Mohl[4], Stahl[5], zählten einst zu ihren Anhängern. Von sonstigen Publicisten dieser Richtung sei noch Schmitthenner[6] erwähnt. Die Ursache des fast gänzlichen Verstummens der Gegner des Vereinbarungsstandpunktes liegt, wie schon S. 48 f. angedeutet worden ist, in dem natürlichen Widerstreben jedes Juristen, dem Parlamente in der Gesetzgebung eine bloß negative, hindernde Function zuzusprechen[7]. Und doch ist diese Theorie die einzige, mit welcher sich die Lehre von der alleinigen Gesetzgeberschaft des Monarchen noch halten ließe!

Weil demnach die heutige Publicistik sozusagen einstimmig auf dem Vereinbarungsstandpunkte steht und von demselben auch

---

[1] Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung, S. 26.

[2] Die Verpflichtung des Kaisers, S. 15 f.; ferner in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. 50. B., S. 390, 396 f.

[3] Fricker, Die Verpflichtung des Kaisers, S. 30 f. Vgl. oben S. 107[9].

[4] Württ. St.-R., I. S. 186, 194, 197, 533; Gesch. u. Litt. d. Staatswiss., I. S. 281 ff.; Encyklopädie der Staatswiss., S. 356. Dagegen steht dieser Schriftsteller in seinen letzten Werken auf dem Standpunkte der rechtlichen Coordination von Parlament und Monarch in der Gesetzgebung. (Vgl. unten S. 226 u. 226[3].)

[5] Rechts- und Staatslehre, 2. Abthlg., Die Staatslehre, 5. Aufl. 1878, S. 353, 383.

[6] Grundlinien d. allg. oder idealen St.-R., S. 581.

[7] Und wenn diese Theorie in früherer Zeit ihre Anhänger hatte, so beruht das auf einer für jene politisch bewegte Zeit sehr erklärlichen Verwechslung des juristischen mit dem politischen Gesichtspunkte. Sehr deutlich zeigen dies die Ausführungen von v. Mohl, Gesch. u. Litt. d. Staatswiss., I. S. 281 ff.

in Zukunft kaum abkommen dürfte, ist durch meine bisherigen Ausführungen die Frage, wem in der deutsch-constitutionellen Monarchie die Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens zukomme, eigentlich bereits entschieden: Die auf dem Vereinbarungsstandpunkte stehende moderne Publicistik wird sich mit der Zeit an den Gedanken gewöhnen müssen, dass Parlament und Monarch in der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens einander juristisch vollkommen coordiniert sind. Und schließlich ist dieser Gedanke auch gar nicht so schrecklich! Man darf nur nicht den juristischen mit dem politischen Gesichtspunkte verwechseln und meinen, dass die juristische Coordination auch die politische Coordination von Parlament und Monarch, oder vielmehr die politische Überlegenheit des Parlamentes [1], bedeute. Zur Volkssouveränität hat es noch seine guten Wege! Juristische Coordination von Parlament und Monarch und politische Überlegenheit des Monarchen sind Dinge, die mit einander sehr wohl verträglich sind [2]. Dies scheinen die Vertreter der herrschenden Lehre zu verkennen, und so kommt es, dass sie, um die politische Überlegenheit des Monarchen zu retten, es für nöthig halten, auch in seine juristische Stellung gegenüber dem Parlamente ein Plus hineinzuconstruieren. Aber sie erweisen damit ihrer Sache einen schlechten Dienst, denn sie setzen sich dadurch ganz unnöthig dem — von vielen unter ihnen wenigstens — gewiss nicht verdienten Vorwurfe politischer Tendenz aus .....

Wir sind mit unseren Untersuchungen zu Ende. Dieselben giengen von der Voraussetzung der Laband—Jellinek'schen Theorie aus, dass im deutsch-constitutionellen Staatsrechte einzig und allein der Vereinbarungsstandpunkt wissenschaftliche Berech-

---

[1] Siehe oben S. 86 f.

[2] Als classischer Gewährsmann für die Richtigkeit dieser Auffassung darf wohl Fürst v. Bismarck, Gedanken und Erinnerungen, 1898, I. S. 143, gelten. Vgl. übrigens auch die treffliche Bemerkung von v. Holtzendorff in dessen Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1. Theil, 4. Aufl. 1882, S. 1050 (auch von Störk, ebenda, 5. Aufl. 1890, S. 1116, unverändert beibehalten), und von Seligmann, Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge, S. 260 a. E.

tigung beſitze. Ob dieſe Vorausſetzung Anſpruch auf Richtigkeit erheben kann, ob alſo dem Parlamente in der Geſetzgebung wirklich keine bloß negative, hindernde, ſondern eine poſitive, ſchaffende Thätigkeit zukomme, das zu beantworten wäre Aufgabe einer Unterſuchung für ſich. An dieſer Stelle iſt lediglich zu beweiſen unternommen worden, daſs, wenn dieſe Vorausſetzung zutrifft, damit auch die juriſtiſche Coordination von Parlament und Monarch in der Erzeugung des ſtaatlichen Geſetzeswillens gegeben iſt.

Anhang I.

Die Anhänger der juristischen Coordination von Parlament und Monarch in der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens.

§ 49.

Wie schon an anderer Stelle (S. 51) betont worden ist, ist der Standpunkt, dass Parlament und Monarch in der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens einander juristisch völlig coordiniert seien, in der Litteratur noch niemals eingehend vertreten, die herrschende Lehre noch niemals systematisch widerlegt worden. Man beschränkte sich bisher immer darauf, einzelnen Argumenten der herrschenden Lehre entgegenzutreten, ohne das Übel an der Wurzel anzupacken und den Begriff des Befehles zu zergliedern. Die Folge davon ist, dass bei Besprechung der einschlägigen Litteratur von einer systematischen Gruppierung der hierher gehörigen Schriftsteller ganz abgesehen werden muss und nur eine lose Aneinanderreihung von Namen möglich ist. Zu nennen wären da: Cucumus[1], Welcker[2], v. Mohl[3], v. Holtzendorff[4],

[1] Lehrb. d. bayr. St.-R., S. 90.

[2] In Rotteck—Welcker, Das Staatslexikon, 2. Aufl., V. 1847, S. 704.

[3] Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, II. 1862, S. 476 f.; s. auch v. Mohl, Das deutsche Reichsstaatsrecht, 1873, S. 160. Vgl. aber oben S. 223 u. 223[4].

[4] In dessen Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1. Theil, 4. Aufl., S. 1052 f. (vgl. auch S. 1050), auch von Störk, ebenda, 5. Aufl., S. 1121 (respective 1116), unverändert beibehalten.

Dantscher v. Kollesberg[1], Burckhard[2], Merkel[3], Seligmann[4], A. Affolter[5], Kuntze[6], Br. Schmidt[7], Fürst v. Bismarck[8], Frormann[9]. Zu einer Gruppe könnten höchstens jene zusammengefasst werden, welche die Coordination von König und Landtag in Preußen, Reichstag und Bundesrath im Deutschen Reiche, lediglich aus dem nackten Wortlaute des Art. 62 Abs. 1, 2 preuß. V. U., respective Art. 5 Abs. 1 R. V., ableiten. Hierher gehören: Hiersemenzel[10], G. Meyer[11], Grotefend[12], Thudichum[13], Riedel[14], v. Rönne[15], Wester-

---

[1] Der monarchische Bundesstaat Österreich-Ungarn und der Berliner Vertrag nebst der bosnischen Vorlage, 1880, S. 32: „Nach dem Principe der politischen Freiheit wird der Staatswille in der constitutionellen Monarchie durch zwei Factoren erzeugt, durch den Willen des Volkes und den Willen der Krone." A. M. jedoch ist der Verfasser in seinem späteren Werke „Die polit. Rechte der Unterthanen". Vgl. oben S. 104[1].

[2] System des österreichischen Privatrechtes, I. S. 76.

[3] Juristische Encyklopädie, S. 227; übrigens bespricht er da nicht das Verhältnis von Parlament und Monarch, sondern das analoge Verhältnis von Reichstag und Bundesrath.

[4] Abschluss und Wirksamkeit der Staatsverträge, S. 260 f., 265 ff. (während er in seinem früheren Werke „Der Begriff des Gesetzes" noch Anhänger der Laband'schen Theorie ist; vgl. oben S. 104[1]).

[5] Allg. Staatsrecht, S. 67 ff. Vgl. hierzu oben S. 123[3].

[6] Der Gesammtact, ein neuer Rechtsbegriff (in den Festgaben der Leipziger Juristenfacultät für O. Müller), S. 57.

[7] Der Staat, S. 39 f. Vgl. übrigens das über diesen Schriftsteller S. 146 Gesagte.

[8] Gedanken und Erinnerungen, I. S. 143.

[9] Im Arch. f. öff. R. XIV., S. 85 ff.

[10] Die Verfassung des nordd. Bundes, 1867, S. 37 ff., 70 ff.

[11] Grundzüge des nordd. Bundesrechtes, S. 68; Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung, S. 50 f.

[12] Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart, S. 796.

[13] Verf.-R. d. nordd. Bundes, S. 88.

[14] Die Reichsverfassungsurkunde vom 16. April 1871, S. 108.

[15] Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I. S. 239; vgl. auch v. Rönne in Hirth's Annalen 1871, Spalte 236.

[1], Gierke[2], Gf. Hue de Grais[3], Zeller[4]. Am crassesten aber kommt diese Richtung bei Hänel[5] zum Ausdruck, welcher die Frage, ob der Monarch allein oder gemeinsam mit dem Parlamente das Gesetz gibt, davon abhängig macht, ob in der concreten Verfassungsurkunde von „Zustimmung" des Parlamentes zum Gesetze, oder von „Übereinstimmung" von Parlament und Monarch über das Gesetz gesprochen wird. Über das Fehlerhafte dieser Methode, die seither auch an Kolbow[6] und Rosenberg[7] ihre Vertreter gefunden hat, brauche ich wohl kein Wort weiter zu verlieren.

Anhang II.

Die Theorie der Trennung von Innehabung und Ausübung des Gesetzgebungsrechtes.

§ 50. Allgemeines.

Der Standpunkt dieser Theorie wurde bereits oben (S. 45 f.) formuliert.

Sie verdankt ihre Entstehung einerseits einer vermeintlichen Anlehnung an den Art. 57 W. S. A.[8], andererseits der Formulierung der preußischen Verfassungsurkunde, Art. 62 Abs. 1[9].

---

[1] Über die Reichsverfassung, S. 93, 94, 95, 110, 112.

[2] Das alte und das neue Deutsche Reich, S. 28.

[3] Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reich, 2. Aufl. 1882, S. 13, 39, 42.

[4] Handbuch der Verfassung und Verwaltung im Großherzogthum Hessen, 2 Bde. 1885 f., I. S. 5.

[5] Studien, II. S. 149 ff.

[6] Im Arch. f. öff. R. V., S. 88 ff.

[7] In Hirth's Annalen 1900, S. 587 ff., 598 f.

[8] Den Wortlaut siehe S. 47[2].

[9] Wortlaut: „Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt." Über die diesbezügl. Verwertung des cit. Art. 62 vgl. Laband, Staatsrecht, 3. Aufl., I. S. 495; G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 226[5], und die dort Citierten.

Ihre Verwandtschaft mit der herrschenden Lehre sticht in die Augen. Diese letztere glaubt, die angebliche rechtliche Präponderanz des Monarchen in der Gesetzgebung durch den Hinweis auf seine alleinige Gesetzgeberschaft erweisen zu können, ohne dabei den Vereinbarungsstandpunkt aufgeben zu müssen; die hier zu behandelnde Theorie trachtet dasselbe Ziel durch den Hinweis auf die alleinige Innehabung des Gesetzgebungsrechtes durch den Monarchen zu erreichen, ohne dabei der Thatsache widersprechen zu müssen, dass die Ausübung dieses Rechtes von Parlament und Monarch gemeinsam vorgenommen werde. Die Tendenz ist also in beiden Fällen die gleiche.

§ 51. Litteratur.

Die Theorie, welche dem Monarchen die „ausschließliche und ungetheilte" Innehabung des Gesetzgebungsrechtes, die „Substanz des Rechtes" zuspricht und dem Parlamente lediglich übrig lässt, die Ausübung desselben gemeinsam mit dem Monarchen vorzunehmen, wird vertreten in älterer Zeit von Jordan [1], H. A. Zachariä [2], Grotefend [3], v. Rönne [4], in neuerer und neuester Zeit von H. Schulze [5], v. Sarwey [6], Bornhak [7], v. Stengel [8], Rehm [9], Zorn [10].

---

[1] Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechtes, I. S. 53 f., 97.

[2] Deutsches Staats- und Bundesrecht, I. S. 80, 88, 94, II. S. 148.

[3] Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart, S. 319, 324[1].

[4] Das Staatsrecht der preuß. Monarchie, I. S. 134[6], 136[5], 154 f.

[5] Das preuß. Staatsrecht, I. S. 159; Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, I. S. 189 f.

[6] Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, II. S. 59, 60.

[7] Preuß. Staatsrecht, I. S. 490.

[8] In Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff R., 2. Aufl., S. 169.

[9] Allg. Staatslehre, S. 349 f.

[10] Rönne—Zorn, Preuß. St.-R., I. S. 208.

Dieſe Schriftſteller, welche von einer gemeinſamen Ausübung des Geſetzgebungsrechtes durch Parlament und Monarch ſprechen, dürfen mit jenen nicht verwechſelt werden, welche ſagen, daſs der Monarch bei Ausübung des Geſetzgebungsrechtes an die „Mitwirkung" des Parlamentes gebunden ſei. Denn *Mitwirkung bei* der Ausübung braucht noch nicht einen *Antheil an* der Ausübung zu bedeuten. Auch der Sollennitätszeuge „wirkt" am Geſchäfte „mit", ohne an der Vornahme des Geſchäftes ſelbſt einen Antheil zu haben[1].

§ 52. Vorläufige Feſtſtellungen.

Bevor wir in die Kritik der Theorie der Trennung von Innehabung und Ausübung des Geſetzgebungsrechtes eingehen können, müſſen zwei Thatſachen klargeſtellt ſein.

1. Die Theorie, welche dem Monarchen die Innehabung des Geſetzgebungsrechtes zuſpricht, kann unmöglich unter „Monarch" das dieſen Namen tragende Organ, ſondern nur die Perſon des Organträgers „Monarch" verſtehen. Das unperſönliche und willensloſe Organ als die abſtracte Inſtitution kann nur mit Competenzen, aber nicht mit Rechten ausgeſtattet ſein[2].

2. Aber auch wenn man unter „Monarch" die Perſon des Organträgers verſteht, wäre es falſch, ihm die Innehabung des Geſetzgebungsrechtes in *dem* Sinne zuzuſprechen, daſs das ſtaatliche Geſetzgebungsrecht ſelbſt ihm zukomme. Der Monarch kann nur ein Recht auf Ausübung der ausſchließlich dem Staate zuſtehenden Rechte beſitzen[3]. In unſerem Falle alſo darf der Satz, daſs der Monarch allein das Geſetzgebungsrecht innehabe, — um überhaupt in Discuſſion gezogen werden zu können — nur ſo verſtanden werden, daſs der Monarch allein das Recht auf Ausübung des ſtaatlichen Geſetzgebungsrechtes beſitze.

Es wird ſich nunmehr darum handeln, feſtzuſtellen, ob es wirklich möglich iſt, daſs die *Innehabung* dieſes Rechtes dem Mon-

---

[1] Vgl. hierzu auch S. 57[1].

[2] Vgl. darüber S. 19 f.

[3] Vgl. darüber S. 65 ff.

archen allein, die Ausübung dem Parlamente und Monarchen gemeinsam zukomme.

§ 53. Unmöglichkeit einer principiellen Trennung von Innehabung und Ausübung eines Rechtes.

Auf den ersten Blick erscheint uns die Möglichkeit einer Trennung von Innehabung und Ausübung allerdings als selbstverständlich. Sehen wir doch alle Tage, wie die Rechte des infans zwar diesem und nur diesem allein zustehen, die Ausübung dieser Rechte aber dem Vormunde zukommt.

Allein diese Thatsache darf uns nicht etwa zu dem Glauben verleiten, dass damit bereits die Möglichkeit einer principiellen Trennung von Innehabung und Ausübung eines Rechtes gegeben sei. Im Gegentheil! Gerade der Fall der gesetzlichen Stellvertretung lehrt uns, dass eine Trennung von Innehabung und Ausübung nur aus Gründen eines Provisoriums oder der Prophylaxis, nicht aber principiell stattfinden könne[1]. In demselben Maße, wie jemand an der Ausübung eines Rechtes principiell betheiligt ist, ist er es auch an der Innehabung dieses Rechtes, und umgekehrt. Man erinnere sich doch nur des oben (S. 7) erörterten Falles, dass der Staat, wie jetzt aus Gründen eines Provisoriums oder der Prophylaxis für den infans und furiosus, so principiell für alle Staatsbürger schlechthin sorgen und ihnen die Ausübung ihrer Rechte aus der Hand nehmen würde. Den Staatsbürgern wäre da mit der Handlungsfähigkeit auch die Rechtsfähigkeit, die Persönlichkeit, genommen, statt mit subjectiven Rechten hätten wir es lediglich mit objectivem Rechte zu thun.

Wir sehen, dass die Frage der Trennung von Innehabung und Ausübung eines Rechtes in engstem Zusammenhange steht mit dem Wesen der rechtlichen Persönlichkeit. Nur dann, wenn die (gänzliche oder theilweise) Entziehung der Ausübung eines Rechtes nicht principiell, sondern nur aus Gründen eines Provisoriums oder

---

[1] Vgl. S. 5 ff.

der Prophylaxis erfolgt, bleibt die Innehabung dem Betreffenden erhalten; in allen anderen Fällen bedeutet die Entziehung der Ausübung zugleich auch die Entziehung der Innehabung oder, was dasselbe ist, die Entziehung des Rechtes selbst.

Daher bedeutet die aus prophylaktischen Gründen erfolgende Verhängung der Verschwendungscuratel lediglich eine Ausübungsentziehung; Subject der Rechte bleibt nach wie vor der Curand selbst. Dagegen stellen die Rechtsfolgen eines Strafurtheils, die principiell, nicht aus Gründen der Prophylaxis[1], eintreten, nicht nur eine Ausübungsentziehung, sondern zugleich auch eine Rechtsentziehung dar.

Der Rechtsordnung, welche jemandem die Ausübung seines Rechtes entzogen hat, stehen nunmehr zweierlei Wege offen:

1. Sie kann die Ausübung jemandem anderen übertragen. Geschieht dies principiell, so ist das zugleich eine *Rechtsübertragung*, geschieht es aus Gründen eines Provisoriums oder der Prophylaxis, so bleibt die Innehabung dort, wo sie bisher war, und es findet eine Trennung von Innehabung und Ausübung statt. Dies letztere ist der Fall der *gesetzlichen Stellvertretung*.

2. Sie kann aber eine solche Übertragung der Ausübung an einen Dritten auch unterlassen. Geschieht da die Ausübungsentziehung principiell, so findet *keine Rechtsübertragung*, sondern eine *Rechtsvernichtung* statt (z. B. obiges Beispiel von den Rechtsfolgen eines Strafurtheils); findet dagegen die Ausübungsentziehung aus Gründen eines Provisoriums oder der Prophylaxis statt, so

---

[1] Dies ergibt sich daraus, dass die Curatel nur für so lange verhängt wird, als der krankhafte Zustand im Curanden vorhanden ist. Beim Verbrecher dagegen mag sich durch jahrelange musterhafte Lebensführung noch so sehr erweisen, dass er eine für die Gesellschaft gefährliche Eigenschaft nicht mehr besitze: Dennoch gibt es hier nicht etwa, wie bei der Curatel, ein Verfahren, in welchem die Wiedererlangung der Fähigkeit des Verbrechers constatiert und derselbe in die Ausübung seiner *alten* Rechte wieder eingesetzt würde. Die Ausübungsentziehung ist eben *principiell* erfolgt, ist also eine Rechtsentziehung, und wenn ihm nachträglich die Ausübung wieder gestattet werden sollte, so würde das die Verleihung eines *neuen* Rechtes bedeuten. Anders bei der Aufhebung einer Curatel.

bleibt auch hier die Innehabung dort, wo sie bisher war, auch hier also findet eine Trennung von Innehabung und Ausübung eines Rechtes statt, nur dass die Ausübung nicht jemandem Fremden übertragen ist, wie bei der gesetzlichen Stellvertretung, sondern gänzlich unterbleibt. Dies ist der Fall des *Ruhens eines Rechtes*.

Gesetzliche Stellvertretung und Ruhen eines Rechtes sind die beiden einzigen Fälle der Trennung von Innehabung und Ausübung eines Rechtes. Sie können nur aus Gründen eines Provisoriums oder der Prophylaxis erfolgen. Eine *principiell* erfolgende Trennung der Ausübung von der Innehabung widerspräche dem Wesen des subjectiven Rechtes und der rechtlichen Persönlichkeit. Eine principielle (gänzliche oder theilweise) Ausübungsentziehung und Ausübungsübertragung bedeutet immer zugleich auch eine (gänzliche oder theilweise) Rechtsentziehung und Rechtsübertragung.

§ 54. Widerlegung der Einwände.

Meine Behauptung, dass eine Trennung von Innehabung und Ausübung eines Rechtes nur aus Gründen eines Provisoriums oder der Prophylaxis möglich sei und dann entweder zur gesetzlichen Stellvertretung oder zum Ruhen eines Rechtes führe, scheint Lügen gestraft zu werden durch einige Fälle, in denen thatsächlich ein vom Inhaber des Rechtes verschiedener Dritter das Recht ausübt, ohne dass dabei Gründe eines Provisoriums oder der Prophylaxis im Spiele wären.

1. Die freie Stellvertretung.

Der freie Stellvertreter übt die Rechte des Vertretenen aus. Allein, wie schon S. 5 hervorgehoben wurde, thut er dies nur, weil und solange der Vertretene ihn handeln *lässt*. Der Vertreter also übt das Recht des Vertretenen nur zu dem Zwecke aus, damit dadurch der Vertretene selbst sein Recht ausübe[1]. Diese Ausübung

[1] Daher ist es kein Widerspruch, wenn *Kulisch*, Beiträge zum österr. Parl.-Recht, bei Besprechung der Ausübung des Wahlrechtes durch einen Bevollmächtigten (nebenbei gesagt, der Fall einer öffent-

des Rechtes durch den Vertretenen ſelbſt iſt das Primäre, die Thätigkeit des Vertreters hat nur ſecundären Charakter, iſt lediglich Mittel zum Zweck. Dem Vertretenen iſt ſomit von der Ausübung ſeines Rechtes nicht das Geringſte entzogen worden, von einer Trennung von Innehabung und Ausübung eines Rechtes kann mithin nicht geſprochen werden[1].

2. Die juriſtiſche Perſon.

Auch hier ſehen wir eine fremde Perſon, die des Organträgers, die Ausübung der der juriſtiſchen Perſon ſelbſt zuſtehenden Rechte vornehmen. Allein ebenſowenig, als bei der freien Stellvertretung, kann auch hier von einer Trennung von Innehabung und Ausübung des Rechtes die Rede ſein. Denn wie S. 15 ff., 26 ausgeführt worden iſt, wird die Perſon des Organträgers nur zu dem Zwecke thätig, damit dadurch gleichzeitig auch die juriſtiſche Perſon ſelbſt die inhaltsgleiche Willensthätigkeit entfalte. Indem der Organträger das Recht der juriſtiſchen Perſon ausübt, übt gleichzeitig dieſe ſelbſt ihr Recht aus[2]. Die Ausübung des Rechtes durch die juriſtiſche Perſon iſt das Primäre, die Thätigkeit des Organträgers hat nur

---

lich-rechtlichen freien Stellvertretung!) einerſeits (S. 146) ſagt, „daſs Frauen ... ihr Wahlrecht ... nur im Wege der Vollmacht ausüben dürfen", andererſeits (S. 145) aber hervorhebt, daſs es Fälle gibt, „in welchen ... das Wahlrecht ... von einem Bevollmächtigten des Wahlberechtigten ausgeübt werden muſs". Bei der freien Stellvertretung übt eben der Stellvertreter und dadurch gleichzeitig auch der Vertretene ſelbſt das Recht aus, und es iſt daher gleichgiltig, ob man ſagt: Der Vertretene übt ſein Recht durch den Stellvertreter aus, oder: Der Stellvertreter übt das Recht des Vertretenen aus.

[1] A. M. Bernatzik. Vgl. oben S. 3 ff.

[2] Daher iſt es keine Inconſequenz, wenn Art. 2 R. V. ſagt, daſs „das Reich" das Recht der Geſetzgebung „ausübe", während in Art. 5 beſtimmt iſt, daſs die Reichsgeſetzgebung „durch den Bundesrath und den Reichstag" „aus eübt" werde; in dem einen Falle wird eben von der juriſtiſchen Perſon ſelbſt, in dem anderen von den bezüglichen Organträger-Collegien geſprochen. A. M. v. Seydel, Commentar, S. 115.

secundären Charakter, ist nur Mittel zum Zweck. Die Ausübung des Rechtes ist also nicht der juristischen Person entzogen und dem Organträger übertragen, sondern gerade umgekehrt: Damit die juristische Person selbst ihr Recht ausüben könne, ist die Thätigkeit des Organträgers nöthig. Von einer Trennung von Innehabung und Ausübung des Rechtes kann also auch bei der juristischen Person nicht die Rede sein[1].

Gegenseitiges Verhältnis von freiem Stellvertreter, gesetzlichem Stellvertreter und Organträger.

Der freie Stellvertreter und der Organträger haben das gemein, dass, indem sie das fremde Recht ausüben, gleichzeitig auch der Vertretene sein, respective die juristische Person ihr Recht ausübt. Bei ihnen findet also im Gegensatze zum gesetzlichen Stellvertreter eine Trennung von Innehabung und Ausübung des Rechtes nicht statt. Allein dennoch besteht zwischen beiden ein gewaltiger Unterschied. Die juristische Person übt ihr Recht dadurch aus, dass, indem der Organträger seinen Willen äußert, gleichzeitig die juristische Person ihren inhaltsgleichen Willen äußert[2]. Bei der freien Stellvertretung dagegen übt der Vertretene sein Recht dadurch aus, dass er den Stellvertreter statt seiner handeln lässt, und nicht etwa dadurch, dass, indem der Stellvertreter seinen Willen äußert, zugleich auch der Vertretene seinen inhaltsgleichen Willen äußert. Der Organträger erzeugt den Willen der juristischen Person[3], der freie Stellvertreter erzeugt den Willen des Vertretenen nicht. In dieser Beziehung tritt der Organträger übrigens nicht nur in Gegensatz zum freien, sondern auch zum gesetzlichen Stellvertreter. Damit erscheint die große Kluft zwischen Organträger und Stellvertreter gegeben. Sie besteht darin, dass der Stellvertreter den Vertretenen „vertritt", d. h. „für ihn will", während der Organträger die juristische Person nicht „vertritt", d. h. „für sie will", sondern im Gegentheile den Willen der juristischen Person erzeugt. Der Stellvertreter tritt in Function, weil der Vertretene selbst nicht wollen will (freie Stellvertretung) oder nicht wollen kann (gesetzliche Stellvertretung)[4]; der Organträger tritt in Function,

[1] A. M. Bernatzik. Vgl. oben S. 3 ff., 12 ff.

[2] Vgl. S. 15 ff.

[3] Vgl. S. 17[1].

[4] Der Fall einer öffentlich-rechtlichen gesetzlichen Stellvertretung ist meines Erachtens auch die Regentschaft. Principiell ist der Wille des Monarchen selbst zur Ausübung seines Rechtes (vgl. über dieses Recht oben

gerade damit durch seine Thätigkeit die juristische Person selbst ihren Willen äußere. Zu dieser principiellen Unterscheidung zwischen Organträger und Stellvertreter[1] muss derjenige, welcher an der Willensfähigkeit der juristischen Person festhält — und ich glaube, S. 12 ff. nachgewiesen zu haben, dass die Auffassung der juristischen Person als Subject eines Willens die einzig berechtigte ist! —, mit zwingender Nothwendigkeit gelangen[2].

S. 65 ff.) berufen; aus Gründen eines Provisoriums oder der Prophylaxis aber wird ein fremder Wille, der des Regenten, zur Ausübung des dem Monarchen zustehenden Rechtes berufen. Der Regent „vertritt" den Monarchen, er will nur seinen eigenen Willen, er erzeugt nicht den Willen des Monarchen, er ist Stellvertreter des Monarchen, nicht „Repräsentant" desselben, letzteres Wort in der ihm von Jellinek, System d. subj. öff. Rechte, S. 145 f. (vgl. jetzt auch Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 500 f., 517 ff.), formulierten Bedeutung verstanden. A. M. Jellinek, System d. subj. öff. Rechte, S. 145 f, Allg. Staatslehre, S. 501, welcher allerdings dabei nicht, wie ich, die Organträger-Personen „Monarch" und „Regent", sondern die Organe „Monarch" und „Regent" im Auge hat. Aber für diese letzteren kann die erwähnte Frage ja überhaupt gar nicht aufgeworfen werden, da das Organ etwas gänzlich Willensloses ist. (Vgl. oben S. 19 ff.) Richtige Bemerkungen über das Wesen der Regentschaft s. bei Lustkandl in Mischler—Ulbrich's Österr. Staatswörterbuch, I. S. 795.

[1] Nicht zu verwechseln mit der Unterscheidung zwischen Organ und Stellvertreter, wie sie von G. Meyer, Lehrb. d. d. St.-R., S. 14, und Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 513, gemacht wird.

[2] Anders derjenige, welcher, wie z. B. Bernatzik (vgl. übrigens das oben S. 24 f. über ihn Gesagte), einen Willen der juristischen Person nicht kennt. Es darf uns daher nicht wundernehmen, wenn dieser Schriftsteller im Arch. f. öff. R. V., S. 238, den Organträger einen „Vertreter" nennt. Übrigens ist auch sonst häufig zu beobachten, dass Organträgerschaft und Stellvertretung nicht auseinandergehalten werden. Z. B. §§ 26, 31 Bürg. G. B. für das Deutsche Reich; v. Gerber, Grundzüge eines Systems, S. 125; Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, S. 192 Anm. 223; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II. S. 395[2]; Br. Schmidt, Der Staat, S. 103 („Handeln für das Gemeinwesen"); Kulisch a. a. O. S. 4; ferner die vielen Verfassungsurkunden und Publicisten, welche sagen, dass dem Monarchen die „Vertretung" des Staates nach außen zukomme. Dass die Anhänger der Fictions- oder Abstractionstheorie (s. oben S. 13[1]) einen Unterschied zwischen Organträger und Stellvertreter nicht kennen (so z. B. Rehm, Allg. Staatslehre, S. 180), ist selbstverständlich.

3. „Getheiltes Recht".

Ein dritter Fall endlich, in welchem angeblich eine Trennung von Innehabung und Ausübung eines Rechtes vorliegt, ohne daſs dieſe Trennung aus Gründen eines Proviſoriums oder der Prophylaxis erfolgen würde, iſt jene rechtliche Erſcheinung, die gemeiniglich mit dem Namen „getheiltes Recht" bezeichnet wird.

Nach der Anſicht Bernatzik's, der hier ſo ziemlich als der Einzige in Betracht kommt, ſteht da ein und dasſelbe ſubjective Recht gleichzeitig zweien Rechtsſubjecten zu[1], und zwar in der Weiſe, daſs „die Ausübung des Rechtes des Einen zugleich das Recht des Anderen zum Theil oder ganz befriedigt"[2]. Darnach würde, indem der eine von beiden Rechtsträgern ſein eigenes Recht ausübt, „zugleich das Recht des anderen ausgeübt"[3].

Wäre dieſe Auffaſſung Bernatzik's richtig, dann hätten wir es da thatſächlich mit einer principiellen Trennung von Innehabung und Ausübung eines Rechtes zu thun, und es wäre damit in die S. 231 ff. aufgeſtellte Behauptung eine Breſche geſchlagen.

Allein die Gefahr hiefür iſt m. E. keine große. Denn, wie ich glaube, iſt die Bernatzik'ſche Theorie vom „getheilten Rechte" gänzlich unhaltbar.

1. Es iſt unrichtig, daſs beim „getheilten Rechte" eine Vielheit von Rechtsſubjecten der Einheit des ſubjectiven Rechtes gegenüberſtehe. Eine derartige Annahme widerſpräche dem ganzen Weſen des ſubjectiven Rechtes. Dasſelbe findet ſeine Einheit, wie ſchon der Name ſagt, im Subjecte. So viele Rechtsſubjecte, ſo viele ſubjective Rechte: Die angebliche „Einheit des Rechtes" bei einer „Mehrheit von Rechtsſubjecten" löst ſich in eine Mehrheit von ſubjectiven Rechten auf.

Die Rechtsfigur des „getheilten Rechtes" iſt deutſchrechtlichen Urſprunges. Im deutſchen Rechte war auch der richtige Boden für

[1] Bernatzik a. a. O., S. 279 ff. „Mehrheit von Rechtsſubjecten bei Einheit des Rechtes" betitelt er dieſe Ausführungen.

[2] Bernatzik a. a. O., S. 280.

[3] Bernatzik a. a. O, S. 281.

ſie. Denn ſeine Tendenz geht dahin, die Einheit des „Rechtes“ nicht im Subjecte, ſondern im Objecte zu finden. Vermöge deſſen haben wir es im deutſchen Rechte aber eben mit einem ganz anderen Begriffe des „Rechtes“ zu thun, als was die moderne, unter dem Einfluſſe romaniſtiſcher Ideen ſtehende Rechtswiſſenſchaft unter dieſem Worte verſteht. Nur der Name „Recht“ iſt beiden Begriffen gemeinſam. Das deutſche Recht objectiviert[1], ſchafft Verbände, „Genoſſenſchaften“, erblickt die Einheit des „Rechtes“ in der Beziehung der „Genoſſen“ zu dem einheitlichen Objecte. Die romaniſtiſche und die in ihrer Bahn folgende moderne Rechtsanſchauung ſubjectiviert, individualiſiert, erblickt die Einheit des „Rechtes“ in der Beziehung des Objectes zum Individuum, zum Rechtsſubjecte. Mag daher die Rechtsfigur „Mehrheit von Rechtsſubjecten bei Einheit des Rechtes“ für das deutſche Recht noch ſo viel Exiſtenzberechtigung haben, in der modernen Rechtswiſſenſchaft iſt für ſie kein Platz, und wenn Bernatzik gegentheiliger Anſicht iſt, ſo erklärt ſich dies nur daraus, daſs er glaubt, den germaniſtiſchen Begriff „Recht“ mit dem romaniſtiſch-modernen Begriffe des „ſubjectiven Rechtes“ identificieren zu können. — Damit wäre feſtgeſtellt, daſs beim „getheilten Rechte“ jedes der betheiligten Rechtsſubjecte ſein eigenes, von dem des anderen Rechtsſubjectes inhaltlich gänzlich verſchiedenes Recht hat.

2. Aber auch die Ausübung dieſes Rechtes kommt jedem der betheiligten Rechtsſubjecte ſelbſt zu. Es iſt nicht richtig, daſs, indem das eine der betheiligten Rechtsſubjecte ſein eigenes Recht ausübt, es zugleich auch das Recht des anderen ausübt, wie Bernatzik behauptet[2].

Das in den beiden vorherigen Abſchnitten unter 1. und 2. Geſagte mag am beſten erhellen, wenn wir den wichtigſten Fall des

---

[1] Vgl. hierüber Gierke, Das deutſche Genoſſenſchaftsrecht, 1873, II. S. 65 ff.

[2] A. a. O., S. 281. Übrigens iſt dieſe Auffaſſung Bernatzik's nur eine nothwendige Conſequenz ſeiner eben als unhaltbar gekennzeichneten Anſchauung, daſs es ſich um eine „Einheit des Rechtes“ bei einer „Mehrheit von Rechtsſubjecten“ handle.

„getheilten Rechtes", das getheilte Eigenthum[1], betrachten. Die Bestätigung meiner Auffassung, dass hier jedes Rechtssubject sein eigenes, von dem des anderen Rechtssubjectes inhaltlich gänzlich verschiedenes subjectives Recht hat, glaube ich in den Ausführungen Heusler's[2] zu finden. Sind wir uns darüber einig, dann bedarf es nur mehr eines kleinen Schrittes zu der weiteren Erkenntnis, dass jedes der betheiligten Rechtssubjecte das ihm zustehende Recht selbst ausübt: Der Lehensmann z. B., indem er vom Gute Früchte zieht ꝛc., der Lehensherr, indem er das Gut im Falle der Felonie dem Lehensmanne entzieht und an einen Dritten verleiht, ferner indem er beim Lehensfalle das ledig gewordene Gut weiter verleiht ꝛc.

Auch in dem Falle, dass der Organträger ein Recht auf diese seine Stellung hat, insbesondere also beim Monarchen, soll nach Bernatzik[3] ein zwischen Organträger und juristischer Person „getheiltes Recht" vorliegen. Dem gegenüber ist aber schon S. 65 ff. betont worden, dass es sich in diesem Falle um zwei wohl von einander zu unterscheidende Rechte handelt: Das Recht des Staates und das Recht des Monarchen auf Ausübung dieses dem Staate zustehenden Rechtes. Dass der Monarch dieses sein Recht selbst ausübt, bedarf wohl nicht erst eines Beweises; und dass die juristische Person des Staates das ihr zukommende Recht selbst ausübt, ist S. 234 f. bewiesen worden.

Es kann also auch in den Fällen des sogenannten „getheilten Rechtes" eine Trennung von Innehabung und Ausübung des Rechtes nicht gefunden werden. Jedes der betheiligten Rechtssubjecte hat sein eigenes Recht und übt dasselbe auch in eigener Person aus.

§ 55. Resumé.

Es bleibt also bei der S. 231 ff. aufgestellten Behauptung, wonach eine principielle Trennung von Innehabung und Ausübung

[1] Von Bernatzik a. a. O., S. 287 ff, erörtert.

[2] Institutionen des deutschen Privatrechtes, II. 1886, S. 48 ff.

[3] A. a. O., S. 297 ff.; desselben Verfassers „Republik und Monarchie", S. 27, 29, 32 ff.

eines Rechtes mit dem Charakter des subjectiven Rechtes unvereinbar ist.

Wir kommen, nachdem wir dies festgestellt haben, zu der entscheidenden Frage: Ist es möglich, dass der Monarch das Gesetzgebungsrecht, in dem S. 230 erörterten Sinne verstanden, zwar allein innehabe, aber nicht allein, sondern gemeinsam mit dem Parlamente ausübe? Die Antwort darauf muss negativ ausfallen. Denn eine Theilung der Ausübung des Gesetzgebungsrechtes zwischen Monarch und Parlament wäre principieller Natur und müsste daher zur Folge haben, dass auch die Innehabung des Gesetzgebungsrechtes in derselben Weise getheilt wäre.[1] Damit ist die ganze Theorie, welche vermittelst einer theilweisen Trennung der Innehabung von der Ausübung des Gesetzgebungsrechtes eine rechtliche Präponderanz des Monarchen gegenüber dem Parlamente in der Gesetzgebung zu erweisen bestrebt ist, als unhaltbar dargethan.

Verhältnis der Theorie der Trennung von Innehabung und Ausübung des Gesetzgebungsrechtes zum Problem.

Wie bereits S. 45 f. gesagt wurde, geht die erwähnte Theorie auf das Problem, wer die Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens vornehme, nicht näher ein. Andererseits aber kann es doch nicht verschwiegen werden, dass auch diese Theorie, wenn man sie zu Ende denkt, zu dem Problem in eine ganz bestimmte Stellung gerückt wird: Sie lässt die Ausübung des Gesetzgebungsrechtes von Parlament und Monarch gemeinsam vornehmen; nun aber besteht diese Ausübung des Gesetzgebungsrechtes doch in nichts anderem, als im „Gesetz-

[1] Und wenn die französischen und die ihnen nachgebildeten deutschen Verfassungen wirklich, wie Rehm a. a. O., S. 349 f., meint, einen „Unterschied zwischen Recht und Rechtsausübung" im Sinne haben sollten, so qualificieren sich solche Verfassungssätze als rein doktrinäre Sätze, die einer wissenschaftlichen Kritik nicht standzuhalten vermögen. Dies insbesondere auch gegenüber allen jenen, welche aus der Formulierung der Art. 45, 62, 86 preuß. V. U. den Nachweis erbringen wollen, dass für Preußen die theilweise Trennung der Innehabung des Gesetzgebungsrechtes von dessen Ausübung zu Recht bestehe. Vgl. die bei G. Meyer a. a. O., S. 226[8], Citierten; ferner v. Stengel in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d öff. R, 2. Aufl., S. 36 f.; Rehm, Allg. Staatslehre, S. 349 f.

geben", also in der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens[1]; mit anderen Worten: Die Theorie der Trennung von Innehabung und Ausübung des Gesetzgebungsrechtes führt in ihrer letzten Consequenz zu dem Satze, dass die Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens von Parlament und Monarch gemeinsam vorgenommen werde. Also das gerade Gegentheil von dem, was die überwiegende Mehrheit der Litteratur des deutsch-monarchischen Staatsrechtes annimmt!

Demnach können diejenigen Publicisten, welche bezüglich der Frage der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens den Standpunkt der herrschenden Lehre einnehmen und den Satz vertreten, dass der Monarch allein der Gesetzgeber sei, unmöglich Anhänger der Theorie der Trennung von Innehabung und Ausübung des Gesetzgebungsrechtes sein[2]. Umgekehrt müssen diejenigen Autoren, welche sich zur

---

[1] Dies ist anerkannt von v. Seydel, Bayr. Staatsrecht, III. S. 550 („Sanction ist .. nichts anderes als die Bethätigung des Gesetzgebungsrechtes des Herrschers"); und ganz direct hervorgehoben wird es von Fricker, Die Verflichtung des Kaisers, S. 22 („Die Frage nach dem Gesetzgeber hat es .. lediglich mit der wirklichen Gesetzgebung, der Ausübung des Gesetzgebungsrechtes zu thun").

[2] Daher finden wir bei den hervorragendsten Vertretern der herrschenden Lehre über die Frage der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens, nämlich bei Laband und Jellinek, nirgends die Theorie der Trennung von Innehabung und Ausübung des Gesetzgebungsrechtes acceptiert. Ja Laband a. a. O., I. S. 495, erklärt ganz ausdrücklich, dass diese Theorie nicht in Einklang gebracht werden kann mit der Thatsache, „dass nur die Sanction einen Entwurf zum Gesetz erhebt, an dieser Sanction aber der Landtag weder quoad ius, noch quoad exercitium einen Antheil hat". Auch v. Seydel a. a. O., III. S. 550, findet als Anhänger der herrschenden Lehre (vgl. diesbezüglich oben S. 107 u. 107[9]) ganz folgerichtig, dass „das Recht des Landtages ...., staatsrechtlich genau gesprochen, nicht in einer Betheiligung an der Ausübung, sondern an der Vorbereitung der Gesetzgebung besteht". Und ebenso erklärt Zorn, ebenfalls ein Anhänger der herrschenden Lehre (vgl. oben S. 104[1]), dass „der Sprachgebrauch der preußischen Verfassungsurkunde Art. 62 von der gemeinschaftlichen Ausübung der Gesetzgebung durch König und Kammern" „staatsrechtlich falsch" sei. (Staatsrecht, I. S. 413; vgl. auch seine Ausführungen in v. Holtzendorff's Rechtslexikon, 3. Aufl., III. S. 411. A. M. dagegen ist er in Rönne—Zorn, Preuß. St.-R., I. S. 208; vgl. oben S. 229.) Hierher gehört es auch, wenn Gaupp in Marquardsen—Seydel—Piloty, Handb. d. öff. R., 2. Aufl., S. 13, betont,

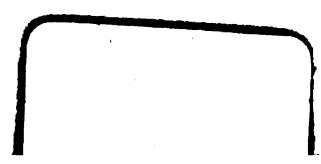
Theorie der Trennung von Innehabung und Ausübung des Gesetzgebungsrechtes bekennen, in der Frage der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens, wenn sie überhaupt dazu Stellung nehmen, nothwendig als Gegner der Lehre von der alleinigen Gesetzgeberschaft des Monarchen auftreten und die Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens von Parlament und Monarch gemeinsam vornehmen lassen. Thun sie dies nicht, so verwickeln sie sich in die grellsten Widersprüche. Leider wird diese Thatsache in der Litteratur gar nicht beachtet. Alle die S. 229 als Anhänger der Theorie der Trennung von Innehabung und Ausübung des Gesetzgebungsrechtes aufgeführten Schriftsteller sind zugleich Anhänger der Lehre, dass die Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens vom Monarchen allein vorgenommen werde, dass also der Monarch allein der Gesetzgeber sei. Die Unzulässigkeit dessen sei hiermit festgestellt[1].

---

dass die Staatsgewalt „in ihrer Totalität durch den König, wenn auch in den durch die Verfassung gezogenen Schranken, ausgeübt wird". (Über die Zugehörigkeit desselben zur herrschenden Lehre siehe oben S. 104[1].)

Dagegen findet sich diese Unvereinbarkeit beider Standpunkte bei Brie im Arch. f. öff. R. IV., S. 18, und Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, S. 13, nicht mit der wünschenswerten Schärfe hervorgehoben.

Unrichtig ist es auch, wenn G. Meyer, Der Antheil der Reichsorgane, S. 34, obwohl er den Gesetzesbefehl vom Monarchen allein ertheilt werden lässt, dennoch dem Landtage „einen Antheil an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt" zuschreibt, „wenn auch keinen mit dem Monarchen gleichwertigen Antheil".

[1] Die Widersprüche, die sich in der Frage der Erzeugung des staatlichen Gesetzeswillens bei Grotefend und H. Schulze finden (vgl. oben S. 59 ff.) verdanken ihre Entstehung, zum guten Theile wenigstens, der Thatsache, dass diese Schriftsteller gleichzeitig jene beiden einander widersprechenden Standpunkte einnehmen und, indem sie in einem und demselben Werke hier den einen, dort den anderen Standpunkt näher darlegen, zu einander ganz entgegengesetzten Resultaten gelangen. In ganz auffallender Weise zeigen sich die Folgen eines solchen zwiefachen Standpunktes auch bei Bornhak. Derselbe (a. a. O., I. S. 499) bringt es zu folgendem Satze: „Nur der König hat das Recht der Gesetzgebung, dieses Recht kann aber nur ausgeübt werden durch Übereinstimmung des Königs und beider Häuser. Ist diese Übereinstimmung, das nothwendige Erfordernis der Ausübung, vorhanden, so tritt das königliche Gesetzgebungsrecht

ein.“ Hier wird also in einem Athem gesagt, dass die Ausübung des Gesetzgebungsrechtes einerseits von Parlament und Monarch gemeinsam („durch Übereinstimmung“), andererseits doch wieder nur vom Monarchen allein vorgenommen werde („Übereinstimmung, das nothwendige Erfordernis der Ausübung“, die darin besteht, dass „das königliche Gesetzgebungsrecht eintritt“).